

بدران أبو العينين بدران

تاريخ الفقه الإسلامي

ونظرية الملكية والعقود

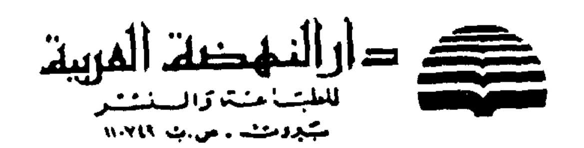



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بدران أبو العينين بدران
استاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

تاريخ الفقه الإسلامي

ونظرية الملكية والعقود


دار النهضة العربية
للطباعة والنشر
بيروت . ص.ب ۱۱۰۷٤۹

الناشر



الإدارة: بيروت ـ شارع مدحت باشا ـ بناية كريدية
تلفون: 818704 ـ 818705
برقياً: دا نهضة ـ ص.ب: 749 ـ 11
تلفاكس: 232 ـ 4781 ـ 212 ـ 001

المكتبة: شارع البستاني ـ بناية اسكندراني رقم 3
غربي جامعة بيروت العربية
تلفون: 316202 ـ 818703

المستودع: بئر حسن، خلف تلفزيون المشرق
بناية كريدية ـ تلفون: 833180

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية الكتاب

الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على خاتم أنبيائه ، وأفضل رسله ، سيدنا محمد بن عبدالله ، الذي أنزل عليه ربه كتاباً جعله تبياناً لكل شيء ، من اتبعه فاز بالسعادة ، ونال خير الدنيا والآخرة ، ورضى الله عن آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد .. فإن الشريعة الإسلامية تميزت بالمرونة ، والصلاحية لكل زمان ومكان ، ففيها الحل لكل مشكلة ، والجواب عن كل مسألة ، مهما تعددت المسائل ، أو تعقدت المشاكل ، فالمسلمون ما تمسكوا بها في غنى عن اللجوء إلى تشريعات وضعية دخيله .

وقد لمس هذا بعض المصلحين من علماء المسلمين ، فدعوا دعوة قوية إلى ضرورة قيام نهضة تشريعيّة ، تقوم على أسس قوية من الفقه الإسلامي ، بل لقد قام فعلاً بعض كبار المفكرين من علماء القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية باقتباس طائفة من أحكام الفقه الإسلامي في تشريعاتهم ، ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، فذكروا صراحة

أن على القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً ، ولا عرفاً طبّق مبادىء الشريعة الإسلامية ، وتقرر ذلك في القانون المدني المصري الجديد ، في الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها : « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

كذلك أدرك علماء القانون الغربي – أخيراً – ما احتوى عليه الفقه الإسلامي من إيجابية ، وصلاحية لحل مشاكل الحياة على مختلف ضروبها ، وتنوع مطالبها فقرروا في مؤتمرات كثيرة : أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع العام ، وأنها صالحة للتطور والنمو ، ومستقلة عن غيرها من الشرائع الوضعية .

فها هو المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي ، يقرر في دورته الأولى سنة ١٩٣١ ، وفي دورته الثانية سنة ١٩٣٧ م ، تلك الصلاحية للشريعة الاسلامية ، واعتبارها مصدراً من مصادر التشريع العام ، وكذا مؤتمر المحامين الدّولي الذي انعقد في لاهاي أيضاً سنة ١٩٤٨ م يقرر ذلك .

وكذلك المؤتمر الذي عقدته شعبة الحقوق الشرقية في كلية الحقوق من من جامعة باريس للبحث في الفقه الإسلامي في يوليو سنة ١٩٥١ قد قرر ما نصه .

« إن المؤتمرين : بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء « أسبوع الفقه الاسلامي » وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح :

أ – إن مبادىء الفقه الاسلامي لها قيمة «حقوقية تشريعية» لا يمارى فيها.

ب ــ وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية ، ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقوقية ، هي مناط الإعجاب ، وبها يتمكن الفقه الاسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة ، والتوفيق بين حاجاتها[1] .

من أجل هذا كله كانت الحاجة ماسة إلى دراسة الفقه الاسلامي ، دراسة وافية قائمة على أسس قويمة ، والتعرف على الحياة الفقهية ، لتكون المفتاح المهيىء لدراسة الأحكام الفقهية المنثورة في بطون المجلدات ، واستجلاء ما اشتمل عليه من نظم وأحكام ثم مقارنتها بغيرها من القوانين الوضعية التي تناولت كثيراً من الأحكام الموضوعية .

وإذا كان الطالب الذي يلتحق بكلية الحقوق ، لا يستطيع التعرف على الأحكام الفقهية ، والنظر فيها نظراً فاحصاً لعدم إلمامه بمدخل في الفقه ، يوطىء له معرفته وتطوراته ، وخصائصه ، ومميزاته التي امتاز بها على ضروب القوانين الأخرى ، كان لزاماً علينا أن نجلي له ذلك بطريقة سهلة مبسطة ، تعمل على إيضاح ما يعينه على فهم الأحكام ويوقفه عليها . لذا كان من الضروري عرض الفقه الإسلامي ،ونظرياته الأساسية في منهاج يتسم بالتبسيط والتركيز والتنسيق ، كيما تكون قريبة المأخذ ، سهلة المورد ، وفاء للحاجة إلى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعية لهذا العلم الدقيق ، المتشعب المباحث ، الواسع الآفاق ، العظيم الشأن .

---

١ ــ قامت الجمعية الدولية للحقوق المقارنة بتلخيص وقائع أسبوع الفقه الاسلامي هذا وما دار فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر أهميته الكبرى في عالم القانون ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتها « المجلة الدولية للحقوق المقارنة » في العدد الرابع من السنة الثالثة أيلول ــ تشرين الأول (مايو ــ اكتوبر) ١٩٥١ . كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي ألقيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص أصدرته مكتبة مجموعة سيريه للبحوث القانونية ١٩٥٣ بإشراف المسيو ميو رئيس المؤتمر، أنظر المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقا طبعة س ١٩٦١ دمشق حـ١،ص ٩.

وإني منذ عهد إلي بتدريس الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية ، عقدت عزمي ووجهت همتي إلى وضع أصول هذا الكتاب في محاضرات، ثم طلب مني كثير من الأصحاب والزملاء أن أقدم على طبع هذه المحاضرات ، وإظهارها في كتاب ، فاستعنت بالله تعالى وهو خير معين على إخراج هذه المحاضرات مطبوعة ، وقد احتوى هذا الكتاب على قسمين :

القسم الأول : في تاريخ الفقه ، ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب ، وخاتمة – فالمقدمة في التعريف بالفقه والشريعة ،والفرق بينهما، وأقسام الفقه ، ونشأة الشرائع وضرورتها ، والحكمة في تعددها ، وفي نشأة الفقه الإسلامي ، وحالة العرب قبل الاسلام .

واشتمل الباب الأول على . أدوار تطور الفقه ، ومميزاته في كل منها ، وفيه خمسة فصول . واشتمل الباب الثاني على أهم المذاهب الفقهيه، وفيه مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة . واشتمل الباب الثالث على مصادر الفقه الإسلامي وفيه سبعة فصول . واشتملت الخاتمة على أربعة فصول – الأول : أسس التشريع الإسلامي – والثاني : خصائص الفقه الإسلامي والفرق بينه وبين التشريعات الوضعية – والثالث : المبادىء الإنسانية في التشريع الإسلامي – الرابع : دفع دعوى تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني .

أما القسم الثاني فقد تناولت فيه أهم النظريات الأساسية في الفقه الإسلامي: وقد اشتمل على : مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة .

فالمقدمة في معنى النظريات الأساسية ، والفرق بينها وبين القواعد

الباب الأول : نظرية الملكية في الفقه الإسلامي وفيه أربعة فصول .

الباب الثاني : نظرية العقود في الفقه الإسلامي ، وفيه مقدمة ،وأربعة فصول.

الباب الثالث : نظرية الأهلية والولاية ، وفيه ثلاثة فصول .

الباب الرابع: نظرية الفساد والبطلان . وفيه فصلان .

واشتملت الخاتمة على بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .

ومن ربي استمد العون ، وعلى الله قصد السبيل ، وما توفيقي إلا بالله وحده ، وهو حسبي ونعم الوكيل .

بدران أبو العينين بدران

القسم الاول

تاريخ الفقه الاسلامي

المقدمة

أولا : التعريف بالفقه والشريعة :

استعملت كلمة « الفقه » في لغة العرب في معنيين :

أولها : مطلق الفهم والفطنة ، يقال فلان يفقه الخير والشر ، أي يفهمه .

وثانيهما : فهم غرض المتكلم من كلامه .

وجاء في تعريفات الجرجاني : « الفقه في اللغة فهم غرض المتكلم من كلامه »[1]

وقال الراغب الأصفهاني : « الفقه معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه

وفي غريب القرآن للأصفهاني : « الفقه هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد » .

والقرآن قد استعمل كلمة « الفقه » في الفهم الدقيق من ذلك قوله تعالى :

« وَاحلُلْ عقدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي » (سورة طه / ٢٧)
وقوله سبحانه : « لَهُمْ قُلُوبٌ لا يَفْقَهُونَ بها » (سورة الأعراف / ١٣٩)
وقوله جل وعلا : « قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كثيراً مِمَّا تَقُولُ »
(سورة هود / ١٩) .

ويقول ابن القيم : « والفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم »[2] .

---

(١) التعريفات للسيد الجرجاني ص ١١٢ .

(٢) أنظر اعلام الموقعين عن رب العالمين حـ ٢ ص ٢٦٤ .

وقد أطلق الفقه في صدر الإسلام على فهم الأحـــكام الشرعية سواء كانت اعتقادية ، أو عملية ، كما أطلق على الأحكام الشرعية ذاتها ، كما يشير إلى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم . « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه » .

وقد ظل هذا الإطلاق حتى عصر أبي حنيفة ، فإنه عَرَّف الفقه بأنه «معرفة النفس ما لها وما عليها » وكان يسمّي علم الكلام الفقه الأكبر [١] .

ثم صار يطلق على « العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية» [٢] . ويسمى من اتصف بهذا العلم فقيهاً .

كما قد يطلق الفقه على مجموعة الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، سواء كانت شرعيتها بالنص أو الإجماع أو الاجتهاد .

وأخيراً أطلق الفقه على مجموعة الأحكام التي جاء بها الوحي ، والتي استنبطها الائمة المجتهدون ،وعلى الأحكام التي أصدرها المقلدون تخريجاً على قواعد الأئمة وأصولهم .

معنى الشريعة الاسلامية :

الشريعة في اللغة استعملت في معنيين : أحدهما : مشرعة المـــاء أي مورد الشاربة ، ويسمى ذلك لغة (الشرع) ، ومنه قول العرب . «شرعت الإبل » إذا وردت شريعة الماء لتشرب .

والثاني : الطريقة المستقيمة ، ومن هذا قول الله تعالى :

« ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلى شَرِيعَةٍ مِنَ الأمْرِ فاتَّبِعْها » (الجاثية / ٨) .

---

(١) راجع موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية المعروف بكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي جـ ٥ ص ١١٥٧ طبع بيروت ١٩٦٦ .

(٢) المراد بالأدلة التفصيلية ما ورد في الكتاب والسنة من الآيات والأحاديث الخاصة بتلك الأحكام العملية ، وما يلحق بهما من الإجماع والقياس . ومعنى التفصيلية الجزئية غير الإجمالية ، وهي الأدلة التي تخص المسائل بعينها كدلالة قوله تعالى : أقيموا الصلاة » على وجوبها ، وكدلالة قوله تعالى : « لا تأكلوا الربا » على تحريمه .

وتطلق الشريعة عند الفقهاء على الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من الرسل ، فسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة ، لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم ، أو لأنها شبيهة بمورد الماء ، الذي يحيي الأبدان ، كما أنها تحيي النفوس والعقول .

والشرع أيضاً يطلق على ما شرع الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، أو متعلقة بكيفية اعتقاد .

ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة ، فإن تلك الأحكام من حيث إنها تطاع دين ، ومن حيث إنها تملي وتكتب مِلة ، ومن حيث أنها مشروعة شرع . فالتفاوت بينها بحسب الاعتبار لا بالذات .

إلا أن الشريعة والملة تضافان إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، وإلى الأمة فقط استعمالاً ، والدين يضاف إلى الله تعالى .

وقد يعبر عن الشرع بأنه وضع إلهي يسوق ذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات ، وهو ما يصلحهم في معاشهم ومعادهم .

وقد يخص الشرع بالأحكام العملية الفرعية[1] .

والاسلامية : نسبة إلى الإسلام أي الخضوع والانقياد الظاهري لأمر الله ، كما بين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : « الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وتقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتصوم رمضان ، وتحج البيت » وعلى ذلك ، فالإسلام شرعاً هو الأعمال الظاهرة[2].

وقد يطلق الإسلام على الأعمال المشروعة ، ومنه قوله تعالى : « إنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللهِ الإسْلامُ» (آل عمران/١٩) كما استعمل في عقيدة التوحيد التي جاءت

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى حـ ٣ ص ٧٥٩ .

(٢) الاسلام يغاير الإيمان وينفك عنه إذ قد يوجد التصديق مع انقياد الباطن بدون الأعمال الظاهرة فيكون الشخص مؤمناً لا مسلماً .

بها جميع الديانات السماوية ، ومنه قوله تعالى : « مَا كَانَ إِبْرَاهِيمُ يَهُودِيّاً وَلا نَصْرانِيّاً وَلكِنْ كانَ حَنِيفاً مسلماً » (آل عمران / ٦٧) .

واشتهر استعمال الإسلام بمعنى الدين الذي بعث به نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ومنه قوله تعالى : « وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإسْلامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلُ مِنْهُ » (آل عمران / ٨٥) ، وقوله : « اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دَيْنَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمْ الإسْلامَ دِيناً » . (المائدة / ٣) .

وتنقسم الشريعة الإسلامية باعتبار كونها أحكاماً سنها رسول الله إلى ثلاثة أقسام :

١ – أحكام اعتقادية وهي المتعلقة بذات الله تعالى وصفاته ، وبالإيمان به وبرسله وباليوم الآخر ،وما فيه من حساب وثواب وعقاب ، وغير ذلك من الأمور التي هي موضوع علم الكلام .

٢ – أحكام تهذيبية أخلاقية : كأمهات الفضائل التي يتحلى بها الإنسان حتى يكون كاملاً ، مثل الصدق ، والوفاء بالعهد ، والصبر ، والأمانة ، وكأمهات الرذائل التي أمر الإسلام بالابتعاد عنها مثل الكذب ، والخيانة، وخلف الوعد، وغيرها مما يبحث عنه في علم الأخلاق .

٣ – أحكام عملية : وهي التي تتعلق بأفعال الناس مثل وجوب الصلاة ، والزكاة ، والحج ، والصوم ، وحرمة الزنا ، وحل البيع ، والهبة ، وهذه مما يبحث عنه في علم الفقه .

أما الدين: فهو في اللغة يطلق على العادة، والسيرة، والحساب، والقهر، والقضاء والحكم، والطاعة، والحال، والجزاء . ومنه « مَالِكِ يَوْمِ الدِّينْ » وكما تدين تدان ، وهو من أسماء الأضداد فيقال دان بمعنى عصى ، وأطاع ، وبمعنى ذل وعَزَّ – وهو في الشرع يطلق ويراد به الملة . وقد يختص بالإسلام كما في قوله تعالى : « إنَّ الدينَ عِنْدَ اللهِ الإسْلاَمْ » – وقيل إن الدين وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم إياه إلى الصلاح في الحال ، والفلاح في المآل . وهذا يشمل العقائد والأعمال .

ويضاف الدين إلى الله تعالى لصدوره عنه ، ويضاف إلى النبي صلى الله عليه وسلم لظهوره منه – ويضاف إلى الأمة لتدينهم وانقيادهم [1] .

كذلك يطلق الدين على العقائد الأصلية ، والأسس والمبادىء التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها ، ومن ذلك قوله تعالى: « ألا لِلهِ الدِّينُ الخَالِصُ » (سورة الزمر / ٣) .

ثانياً – أقسام الأحكام الفقهية :

الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني ، لأن الشرع جاء منظماً لأمور الدين والدنيا، فهو ينظم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد، وعلاقته

---

(١) أما الديانة فهي التنزه ، وما بين العبد وبين الله تعالى . في جامع الرموز في كتاب الطلاق » إن علق الزوج طلقة واحدة بولادة ذكر ، وطلقتين بولادة أنثى فولدتها ، ولم يدر الأول طلقت الزوجة واحدة قضاء ، وثنتين تنزها أى ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى أما القضاء فيحكم حسب الظاهر . فالأمر الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة، فمن أبرأ مدينه ولم يخبره ، ثم ادعى عليه بالدين ، وكتم إبراءه وقضى له به ، فإن له التنفيذ واستيفاء الدين قضاء لاديانة، وبناء على ذلك اختلف في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الافتاء أى وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي . فالقاضي يجرى على حساب الظاهر من غير نظر إلى الحقيقة والواقع ، والمفتي يبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارين ، فإن اختلف اتجاهها أفتى بالاعتبار الدياني الواقعي .

بالمجتمع الذي يعيش فيه ، كما ينظم أمور الدولة في حال سلمها وحربها ، ويرسم علاقتها بغيرها من الدول، فهو نظام عام وشامل .

وقد كان لعدم تنوع القضاء عند تدوين الفقه أثر ملحوظ في عدم تقسيم الفقه وفصل كل طائفة من الأحكام عن الأخرى ، وتخصيصها باسم خاص كما هو الحال في القوانين الحديثة، ذلك أن القاضي « الفقيه » كان يجلس للقضاء في كل حكم ، ويفصل في كل حادثة تأتي اليه مدنية كانت أو جنائية ، أو مالية ، أو دينية ، حيث كان القضاء موحداً .

وقد قسم أكثر الفقهاء الفقه إلى قسمين :

١ ــ عبادات : وهي الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الآخرة ، والتي يقصد بها التقرب إلى الله وحده ، كالصلاة والصيام والجهاد والنذر وغيرهما .

٢ ــ معاملات : وهي الأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان وتصرفاته التي يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية ، أو تنظيم علاقته مع فرد أو مجتمع . كالبيوع والرهن ، والشركة ، والهبة ، والوصية ، والإجارة ونحوها .

ويمكن أن نتبين الفرق بين القسمين من ناحيتين :

أحدهما : بحسب المقصود الأصلي ، والغرض الأساسي منها . فما كان القصد الأول منه التقرب إلى الله ، والحصول على الثواب في الآخرة ، وشكر الله على نعمه فهو من القسم الأول العبادات ، وما كان الغرض الأول منه المصلحة الدنيوية ، والنفع العاجل في هذه الحياة فهو من القسم الثاني المعاملات .

ثانيهما : أن الأصل في العبادات عدم معقولية المعنى ، وعدم إدراك العقل السر في شرعيتها ، كما أن أسلوب التشريع فيها جاء مجملاً ، ثم بينها الرسول صلى الله عليه وسلم أكمل بيان بأفعاله .

أما المعاملات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ، فيدرك العقل سر تشريعها

وجاء التشريع فيها بالأصول العامة ، والقواعد الكلية، وبالكثير من التعليلات لتكون نبراساً ومنهاجاً للفقهاء ، ومعينة لهم على التطبيق عند تغير الزمان ، وتجدد الحوادث ، واختلاف البيئات .

وقد قسم أصحاب الشافعي الفقه إلى أربعة أركان . فقالوا : الأحكام الشرعية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات – أو بأمر الدنيا وهي إما أن تتعلق ببقاء الشخص وهي المعاملات – أو ببقاء النوع باعتبار المنزل وهي المناكحات ، أو باعتبار المدينة وهي العقوبات [1] .

وقسم الاستاذ مصطفى الزرقا الأحكام الفقهية إلى سبع زمر :

١ – الأحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة وصيام وغيرها، وتسمى « العبادات » .

٢ – الأحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقة الخ وتسمى بلغة اليوم « الأحوال الشخصية » .

٣ – الأحكام المتعلقة بأفعال الناس ، وتعاملهم بعضهم مع بعض في الأحوال والحقوق وفصل منازعاتهم، وتسمى « المعاملات.

٤ – الأحكام المتعلقة بسلطان الحاكم على الرعية ، وبالحقوق والواجبات المتقابلة بينهما ، ويسميها بعض الفقهاء « الأحكام السلطانية » وهي من قبيل ما يسمى « السياسة الشرعية » .

وهذه الزمرة تؤلف نوعين متميزين من الحقوق في الاصطلاح الحديث : الحقوق الإدارية ، والحقوق الدستورية .

٥ – الأحكام المتعلقة بعقاب المجرمين ، وضبط النظام الداخلي بين الناس وتسمى « العقوبات » .

---

(١) راجع التوضيح وشرحة التلويح حـ ١ ص ١٧ ـ وكشاف اصطلاحات الفنون مادة فقه الجزء الأول ص ٣٠ .

٦ – الأحكام التي تنظم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى ، وتؤلف نظام السلم والحرب وتسمى « السِّيَر[١] » وتسمى قانوناً « الحقوق الدولية » .

٧ - الأحكام المتعلقة بالأخـــلاق والحشمة والمحاسن والمساوىء وتسمى « الآداب »[٢] على أن الفقه الإسلامي رغم عدم تقسيمه من الفقهاء تقسيماً حديثاً مفصلاً ، فإنه قد اشتمل على جميع فروع القانون الحديث ، فضلاً عن العبادات التي لا تتعرض لها القوانين الوضعية ، فإنا نجد :

١ – القانون العام الخارجي. وهو المسمى بالقانون الدولي العام « والذي يقصد به مجموع القواعد التي تحكم علاقات الدول بعضها ببعض في الحرب والسلم » ـ وقد جاء في الفقه الإسلامي تحت عنوان « السير والجهاد » بل لقد أفرد بعض الفقهاء له دراسة خاصة ، وعالج موضوعاته في مؤلفات معينة ، فمحمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة صنف كتابي السير الصغير ، والسير الكبير ـ وألف الإمام عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي كتاباً في السير ، كما كتب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رداً على هذا الكتاب .

٢ – القانون العام الداخلي : وهو الشامل للقانون الدستوري ، والإداري ، والجنائي – أيضاً قد تناوله الفقهاء في مواضع مختلفة .

---

١ ـ جمع سيرة وهي اسم من السير ثم نقلت الى الطريقة ثم غلبت في الشرع على طريقة المسلمين في المعاملة مع الكافرين والباغين وغيرهما من المستأمنين والمرتدين وأهل الذمة وجاء في الكفاية السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور ، وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في المغازي وقد تسمى المغازى سيراً لأن أول أمورها السير الى الغزو .

٢ – راجع المدخل الفقهي العام الجزء الاول ص ٢٥، ٢٦ طبع دمشق سنة ١٩٦١ ـ قسم بعضهم المسائل الفقهية إلى ثلاث العبادات ، والعقوبات ، والمعاملات ثم قسموا مسائل المعاملات الى : مناكحات ، ومعاوضات مالية ، وأمانات ومخاصمات ، راجع الفتاوى الانقروية جـ١ ص١ طبع بولاق ١٢٨١ هـ.

أ — فالقانون الدستوري : « وهو الذي يحدد نظام الحكم في الدولة ، وينظم سلطاتها العامة ، وعلاقات بعضها ببعض ، وعلاقتها بالأفراد ، ويقرر حقوق الفرد في الدولة» — قد بحثت أحكامه في كتب خاصة تسمى «السياسة الشرعية» أو « الأحكام « السلطانية» ومن أشهر هذه الكتب : السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية المتوفي سنة ٧٢٠ هـ — والأحكام السلطانية والولايات المدنية لأبي الحسن البصري الشافعي الشهير بالماوردي المتوفي سنة ٤٥٠ هـ — والأحكام السلطانية للقاضي أبي ليلى الحنبلي المتوفي سنة ٤٥٨ هـ.

ب — والقانون الإداري : وهـو مجموعة القوانين التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية وقيامها على أمر المرافق العامة — ويلحق به القانون المالي على اعتبـار أنه ينظم مالية الدولة ، ويبين إيراداتها ومصروفاتها — قد بُحِثَ في الفقـه الإسلامي، فكُتبُ الأحكام السلطانية بحثت الأحكام الخاصة بالناحية الإدارية. وأفرد بعض العلماء للأحكام المتعلقة بالنواحي المالية كتباً خاصة بها ، من ذلك كتاب الأموال لأبي عبيد ، وكتاب الخراج لأبي يوسف ، وكتاب الخراج ليحيى ابن آدم .

حـ — والقانون الجنائي « وهو الذي يحدد الجرائم ويقدر عقوبتها — بحثه الفقهاء في أبواب خاصة في كتب الفقه جميعها ، خاصة في أبواب الجنايات ،وقطع الطريق ، والحدود والتعزيزات .

كذلك لم يهمل الفقه الاسلامي ما اشتمل عليه «القانون الخاص » من فروع، فقد وجدناه يتعرض للقانون المدني ، والتجاري، والمرافعات ، والدولي الخاص، وذلك على الوجه الآتي :

أ — القانون المدني « وهـو العمود الفقري للقانون الخاص » — يمثل جزءاً كبيراً من المعاملات في الفقه الإسلامي ،من ذلك أبواب البيوع، والرهن والإجارة،

والهبة ، والوديعة ، والعارية ، والكفالة ، والحوالة، والغصب والإتلاف ، وما شابه ذلك كما يمثل جزءاً آخر من الفقه الإسلامي ما يسمى بالاصطلاح الحديث « الأحوال الشخصية » وهذا الجزء خارج عن دائرة التقنين المصري ، وتحكمه الشريعة الإسلامية، والشرائع السماوية الأخرى، وهي مسائل الزواج والطلاق، والمواريث ، والوصايا .

ب - القانون التجاري « وهو مجموعة القواعد التي تحكم المعاملات المالية » وقد تعرض له الفقه الإسلامي في أبواب الشركات ، والمضاربات[1] ، والسَّلَم، والتفليس .

حـ - قانون المرافعات « وهو الموضح لما يجب اتباعه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري » قد بحثه الفقهاء في أبواب الدعوى ، والقضاء ، والشهادة .

د - القانون الدولي الخاص : « وهو « مجموعة القواعد التي تبين المحكمة المختصة،والقانون والواجب التطبيق في القضايا التي فيها عنصر أجنبي، أو تنازع الاختصاص فيها قضاء بلد أو أكثر ، وأحكام هذا القانون تناولها الفقهاء عند الكلام على أحكام أهل الذمة والمستأمنين والحربيين ، وعند كلامهم في اختلاف الدين ، واختلاف الدارين .

ثالثاً - نشأة الشرائع وضرورتها :

من المعلوم أن الإنسان في هذه الحياة الدنيا يعجز عن القيام بجميع مطالبه . فهو دائماً في حاجة إلى غيره ليكمل حاجاته الضرورية ، ويحصل على أسباب

---

١ - المضاربة لغة السير في الأرض - وشرعا عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر، وصورتها ان يقول رب المال دفعته اليك مضاربة أو معاملة على أن يكون لك من الربح جزء معين كالنصف أو الثلث ويقول المضارب قبلت .

عيشه ، ولذا يقال الإنسان مدني بطبعه ، أي محتاج إلى غيره . فحياته قائمة على تعاونه مع غيره ، يقوم فيها بما يستطيع عمله ، وما يقدر على مباشرته ، الا أن النفوس الإنسانية مفطورة على حب الذات والأثرة ، وعلى حب الرياسة والهيمنة على الغير ، فكان الإنسان في أشد الحاجة إلى نظم راسية تنظم علاقاته ، وتوفق بين مصالحه ، حتى لا تسود الفوضى بين الناس ، وتضطرب حياتهم ، وتتقطع بينهم الروابط؛ وتسوء أحوالهم إذ يتغلب القوي على الضعيف، وتسفك الدماء، وتنهب الأموال ، وتهتك الأعراض ، فلا يأمن أحد من الناس على نفس أو مال أو عرض ، ولما كان الناس ومنهم من هو ذو رأي فاسد لا يقصد الا للطريقة الفاسدة، ومنهم من هو ذو رأي راشد لكنه لا يدرك إلا حصة قليلة من الاهتداء، فيحفظ شيئاً ، ويغيب عنه أشياء ، أو يظن في نفسه أنه الكامل الذي لا يحتاج إلى مكمل ، كانوا في حاجة إلى ما يأخذ بيدهم إلى طريق الخير والصواب ، ويضع لهم الحدود الفاصلة عند منازعاتهم ، وذلك بتشريع يوقف كل واحد عند حده ، وينتصف من الظالم للمظلوم .

الحاجة الى تشريع سماوي :

لما كان الإنسان يجهل الكثير من أسرار الكون ، ولا يعلم شيئاً عن المستور، مهما كان على درجة كبيرة من سعة الإدراك ، وحدة الفهم ، عاجز عن الإحاطة بما تحتاج إليه البشرية في حاضرها ومستقبلها ، كان من الضروري أن يكون لديه تشريعاً سماوياً ، صادراً من الخالق للبشر ، العالم بأحوالهم وحاجاتهم ، وتلك كانت سنة الله في عباده منذ خلقهم ، ومنذ عمر بهم هذا الكون ، أن يشرع لهم الشرائع، ويرسل إليهم رسله، لتحدد علاقات الناس بعضهم مع بعض ، وعلاقاتهم مع ربهم، كيما تتربى فيهم قوة العقيدة التي لها الأثر الفعال على الإنسان في سره وجهره ، والتي تقيم وازعاً من الإنسان على نفسه .

وانما اختلفت شرائع الأنبياء عليهم السلام لأسباب ومصالح لأن المراعي في شرعها حال المكلفين وعاداتهم ، وما تحتمله مداركهم ، ويناسب عقولهم ، قال تعالى :

« لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً .

لكن الشرائع السماوية وإن اختلفت في الزمان ، وكثرت في عددها فهي متحدة من جهة المصدر التي صدرت عنه وهو الله تعالى ، كما اتحدت في الدعوة إلى إفراد الله بالعبادة، وتنزيهه عن كل نقص ، قال تعالى :

« وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إلاَّ نُوحِي إليهِ أَنَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ أَنَا فَاعْبُدُونِ » (الأنبياء — ٢٥) .

نشأة الشريعة الاسلامية :

حيث كانت الشرائع السابقة على الشريعة الإسلامية ،قد أوفت بحاجة الأقوام التي كانت لهم ، ونظمت حياتهم المحدودة ، إلا أن تشريعاتها لم تشتمل على الحلول التي تفي بحاجة الناس في كل عصر وزمان ، فكانت الحاجة ماسة إلى تشريع شامل ، ونظام اجتماعي كامل ، يرسى الأسس الدينية والأخلاقية على مبادىء سامية ، ويضع الأمور في نصابها ، ويجمع بين الدين والدنيا ، ويقدس كرامة الإنسان، ويحقق حرياته ،في حين أن يقيد كل ذلك بمصلحة الأمة ،ومصلحة المجتمع، فبهذا كله جاءت الشريعة الإسلامية ، شريعة جامعة ، كاملة البناء، محكمة الرواء. مسايرة لجميع الأزمنة والأمكنة ، متناسقة متجددة ، فكانت بكل ما في معنى القول ، غاية ما تصبو إليه البشرية ، وخاتمة المطاف للشرائع السماوية ،وكانت صفحة جديدة في تاريخ الشرائع ،فقد غيرت وجه التاريخ، ونظمت المجتمع الإسلامي ، ورفعت رايته عالية خفاقة ، وقد نشأت الشريعة الإسلامية في أول أمرها في شبه

الجزيرة العربية، على يد صاحبها الأول رسول الله محمد بن عبد الله ، الذي بشهادة ثقات المؤرخين ينتسب إلى أشرف القبائل العربية قبل الإسلام وبعده ، فحين بلغ الأربعين من عمره ، وذلك في سنة ٦١٠ ميلادية ، أنزل الوحي عليه ، وبـــدأ رسالة الاسلام ، ثم نمت وترعرعت ، واستقام عودها ، وظهر أمرها، وانتشرت في ربوع العالم .

ولا يمكن لنا ونحن بصدد تاريخ هذه الشريعة الغراء ، أن نهمل البيئة التي نشأت فيها ، والتربة التي وضعت فيها بذورها ، فإن للبيئة ودراستها أهمية لا تنكر ، وتأثيراً كبيراً وقيمة عظيمة ، فكان من الضروري كشف النقاب عن حياة العرب في العصر الجاهلي .

رابعاً : حياة العرب[1] قبل الاسلام :

يطلق المؤرخون العرب على الزمان الذي سبق الإسلام كلمة « العصر الجاهلي» وذلك لما فيه من جهل بالقياس إلى عصر الاسلام وما تلاه من علم ويقظة وحضارة، وخصها بعضهم بحقبة من الزمان تقارب القرنين قبيل ظهور الإسلام . ولكنا

---

١ – العرب أمة كانت تسكن شبه جزيرة العرب ، لكنهم كانوا عرباً رحلاً ، وكانت الأمة العربية قبائل شتى ، أرجعها النسابون العرب إلى شعبين كبيرين هما قحطان وعدنان . ثم قسموا قحطان الى فرعين ، هما كهلان وحمير ، وقسموا عدنان الى فرعين هما : ربيعة ومضر ، وقسموا كلا من هذه الفروع الى قبائل وبطون وأفخاذ وفصائل ، ومن أهم قبائل مضر قبيلة قريش التي كانت تسكن الحجاز .. وقد اختلف المؤرخون في اصل كلمة عرب وفي معناها ، فقد أطلقت أولا على سكان البادية ثم شملت أهل الأمصار ، واختصت كلمة الاعراب بسكان البادية ، ولكن بعد الفتوحات الاسلامية وامتزاج العرب بغيرهم من الامم ، وانتشار اللغة والثقافة العربية ، استعملت كلمة العرب لذي النسب العربي ، واخيراً : بعد ظهور فكرة القوميات الحديثة ، أطلقت كلمة العرب على الامة العربية بمعناها الواسع ، فصارت تضم جميع الناطقين باللغة العربية الذين يشتركون في تاريخ واحد ، وتراث واحد وأماني مشتركة راجع العروبة اولا لساطع الحصري ص ١١-١٣ وتاريخ العرب قبل الإسلام لجواد علي .

سنقصر بحثنا على الزمن القريب من الإسلام . والذي يهمنا هـو درس عادات العرب في هذا الزمن من حيث النظام السياسي والاجتماعي والتشريعي، وهذا له أهميته لأنه يوضح العادات العربية التي أقرها التشريع الإسلامي ، والتي أبطلها، أو عدلها وهذبها .

إن العرب في الجاهلية لم يكن لهم تشريع وضعي صادر عن الدولة ، لأنه لم تكن لهم دولة بالمعنى الصحيح ، لذا كان تشريعهم في الأصل قائماً على العرف والعادة ، ومستمداً من فطرتهم ومن أخلاقهم وتقاليدهم ومعتقداتهم وطرق معيشتهم .

ولم يعرف عن عرب الجاهلية أنهم دونوا عاداتهم في قانون مكتوب ، علـى غرار ما فعلت بعض الأمم القديمة ، كالرومان الذي دونوا قانونهم في الألواح الاثني عشر ، لذلك كان درس تشريعهم عسيراً ، إنما استند كثير من المؤرخين العرب والمستشرقين في ذلك إلى أشعار العرب وآدابهم ، وتواريخهـم وأمثالهم وقصصهم ، وهي وإن كانت ليست موضع ثقة غالباً لأنها من نوع الحوادث الفردية التي لا يصح الاعتماد عليهـا ، إلا أنها اذا تكررت وشاعت أو تأيدت بالقرائن المقنعة أوجدت بعض الثقة خاصة إذا ما قورنت بما كتبه رجال الفقه الإسلامي في الأصول أو الفروع ، أو تعرض لذكرها بعض المفسرين للقرآن الكريم أو شراح الحديث النبوي الشريف .

فأما من الناحية السياسية والاجتماعية للعرب ، فقد كانوا يعيشون في الباديه، وبعض قليل كان يسكن بعض المراكز المتحضرة كاليمن ويثرب (المدينة) ومكة.

ولذا اتصفوا بخشونة البداوة ، ومـا يستتبعها من غزو أو نهب وغدر ، كما كانوا قريبين من الفطرة الأولى، ومن الخير[1]، فاتصفوا بالكرم والشجاعة حتى

---

١ – مقدمة ابن خلدون ص ١٠٦ ص ١٠٧ .

أصبح ذلك مضرب الأمثال ، ومثار الإعجاب في الماضي والحاضر ، كما اتصفوا بالغرور والأنفة ، وعدم قبول التسلط والاستبداد ، وكان من نتائج البداوة أن عرب الجاهلية بعدوا عن العلوم والصناعات،ولكنهم اشتهروا بالشعروالأمثال ، والخطب والأساطير ، التي كانت جميعاً مرآة اتسمت فيها خلالهم من حماسة وتفاخر بالأنساب ، وكرم وشجاعة وأنفة .

ولم يخضع العرب في الجاهلية لسلطان مركزي ، أو لدولة بالمعنى الحديث ، بل كانوا قبائل متفرقة ، لا يجمعها أي رباط حقوقي ثابت ، وكل قبيلة كانت تؤلف وحدة اجتماعية مستقلة في الأصل ، تربط أفرادها عصبية محدودة ، ولم يكن رئيس القبيلة يملك الحكم ولا القوة اللازمة لحماية الحقوق ، وتنفيذ الواجبات . إنما كان موضع ثقة القبيلة واحترامها،فهويقودالقبيلة فيالحروب والغزوات،ويقوم بالذود عنها، ويدفع الديات عن أعضائها حتى قيل في الأمثال العربية « سيد القوم أشقاهم »[١].

وكانت رياسة القبيلة وراثية ، ويكون من الأفراد المشهورين بالشجاعة والكرم والحلم والثروة وكثرة الأنصار ، وغالباً ما يكون الرئيس كبيراً في السن ، عريقاً في نسب القبيلة[٢] .

وكانت العصبيةالقبلية هي أساس مجتمعهم ، تبتني على صلة القربى والنسب،

---

١ – مجمع الامثال للميداني جـ ١ ص ٣٢٦ ط القاهرة سنة ١٣٤٢ هـ .

٢ – كان رئيس القبيلة يتمتع ببعض الامتياز في توزيع الغنائم ، فهو يأخذ أولا النشيطة وهي ما يصيبه قبل أن تصل إلى مكان الغزو المقصود « ثم يأخذ الصفي » أي ما يصطفيه لنفسه من الغنيمة قبل قسمتها، ويأخذ ثالثاً « المرباع » أي ربع قيمة الغنيمة ، وأخيراً يحتفظ للرئيس بالفضول وهو كل ما لا يقبل التجزئة من الغنائم كالفرس الواحد والبعير (انظر بلوغ الأرب جـ ٢ ص ١٢٧).

وما ألحق بذلك من عادات التبني والحلف والموالاة[1]، وكان الحق عندهم للقوة، فالأمن بينهم مفقود، ومن الشائع استباحة الحقوق، وتفشى الغدر والنهب والأسر، والمبدأ السائد هو العدالة الشخصية ، أو الثأر والانتقام الشخصي ، وأن الدم لا يغسله إلا الدم ، ومن معتقداتهم الخرافية أنه ما من قتيل يقتـل إلا ويخرج من رأسه طائر يسمى « الهامة » قيل هو البومة ، فينادى على قبره ، « اسقوني » حتى يؤخذ بثأره .

ومن نتائج التعاضد القبلي في الجاهلية : أن القاتل كان يلجأ إلى قومه وقبيلته : ليدفعوا عنه القتل والثأر ، لذا سميت القبيلة عاقلة ، لأنها كانت تمنع عنه القتل، وتعقل عنه، أي تلتزم بديته وتؤديها عنه ، وهذا معنى المثل العربي « في الجريرة تشترك العشيرة » ولا تتخلص القبيلة من هـذا الواجب ، إلا إذا خلعت الجاني وطردته منها .

وكان قبول الدية كتعويض عن القصاص ، والأخذ بالثأر أمراً اختيارا . بل كان قبولها في غالب الأحيان عاراً، ودليلاً على الضعف والجبن، ولم يكن مقدار الدية معيناً بصورة ثابتة، بل كان متروكاً إلى الاتفاق ، ويختلف باختلاف مركز المجني عليه .

أما القضاء فيكاد عرب الجاهلية في شدة الافتقار إليه . ليفصل في خصوماتهم ويحقق احترام الحقوق واستيفاءها، وايصالها إلى أربابها، ويضع حداً لاستباحتها، وللفوضى التي كانت تسودهم ، لكن كان يقوم مقام القضاء المنظم عند العرب في الجاهلية قضاء تحكيمي يلائم حياتهم ، فكان من عوائدهم الشائعة أن يلجأ

---

١ – التبني : أن يتبنى الرجل ولداً حراً ترك قبيلة والده بعد وفاته ورجع مع أمه الى قبيلتها . فكان يأخذ حكم الابن الحقيقي–والحلف والموالاة: أن يريد شخص ترك قبيلته والانتماء إلى قبيلة أخرى لحماية نفسه من النهب والأسر فيجري بذلك عقداً بينه وبين أحد أفراد القبيلة التي يريد الالتحاق بها .

المتنازعون، أفراداً أم قبائل إلى التحكيم لأجل فصل منازعاتهم ، وكان التحكيم يعقد باتفاق يعين فيه موضوع الخلاف واسم الحكم او الحكيم ، وقد اشتهر من حكمائهم أكثم بن صيفي ، وحاجب بن زرارة ، والأقرع بن حابس ، وقيس بن عامر الظرب وغيلان بن سلمة ، وعبد المطلب بن هاشم ، وأبو طالب بن هاشم، والعلاء بن حارثة[1].

وكانت أصول التحكيم فطرية بسيطة ، ويرون أن براءة الذمة هي الأصل. فلذا قال قس بن ساعدة الأيادي : إن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، وهي من القواعد التي تبناها التشريع الاسلامي فيما بعد ، كما نراها في القوانين العصرية في الزمان الحاضر .

وأحياناً كانوا يحلفون المدعى عليه في محل يسمى « حطيم » خارج الكعبة في مكة ، ويحلفون باسم هبل كبير أصنامهم المعلق على الكعبة ، أو باسم غيره من آلهتهم .

وأيضاً كان الكهان أحياناً يقومون بوظيفة الحكام في الجاهلية ، فكان العرب يلجأون اليهم ،وإلى الاصنام لفصل منازعاتهم ، كما أن من عاداتهم استعمال الأزلام ، وهي قداح أو سهام يستقسمون بها إلى جوار آلهتهم » ، ولا سيما هبل، وكان يتولى أمرها الكهان .

وكان من عوائد العرب إذا وجد قتيل في محلة ولم يعرف قاتله . أن يستعملوا القسامة كطريقة للإثبات ، وهي أن يحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة على براءتهم ، أو أن يحلف بعضهم خمسين يميناً ، ويجوز أن تمزج القسامة بالدية بأن يحلف البعض اليمين ، ويدفع البعض الآخر ما يصيبه من الدية على أساس اثنين من الإبل بدلاً عن اليمين الواحدة ، وكان الاعتقاد عندهم أن من يحلف كاذباً يصيبه أذى كثير[2].

---

١ – بلوغ الأرب حـ ١ ص ٣٩٨ – ٣٤٤ ، والاغاني حـ ٣ ص ٢ .

٢ – شرح العيني على البخارى حـ١٦ ص ٢٩٦ وصحيح مسلم حـ٥ ص ٩٨ – ١٠١ .والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية للدكتور صبحي محمصاني طبع بيروت ١٩٤٨ حـ ١ ص ١٤٤ – ١٤٥ .

وكان العرب في الجاهلية على العموم عبدة أوثان ، باستثناء بعض القبائل . فإن منهم من اعتنق النصرانية ، ومنهم من اعتقد المجوسية كتميم ، او الصابئية وهي عقيدة بين المسيحية واليهودية ، أو عبدة الكواكب ، لكن عبادة الأوثان منهم لم تكن للإيمان بألوهيتها ، بل على اعتبار إنها تشفع لهم عند الله تعالى وتقربهم إليه ، بدليل الآية الكريمة : « ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى » (الزمر/٣) . وكثير من حكمائهم لم يعتقدوا حتى بشفاعة الأوثان [١] ، منهم ورقة بن نوفل وأمية ابن أبي الصلت ، وزيد ابن عمرو .

وكانت الكعبة في مكة مركزاً لأهم أصنام العرب ، وكانت تسميها البيت ، وتعتبر لديهم مأمناً للناس من الظلم والإغارات التي كانت شائعة في غيرها من الأماكن ، وكان معلقا على الكعبة صنم كبير على صورة إنسان يدعى « هبل » وكان حوله الأزلام « أي السهام والقداح التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها » وكان حول الكعبة عدد كبير من الأصنام الأخرى . يقال إن عددها ثلاثمائة وستون صنماً ، وكان العرب يحجون إلى مكة والكعبة وإلى هذه الأصنام .

وكان بعض العرب يعبدون الكواكب وأهمها الشعري ، كما كان بعضهم يقدس الحيوان زلفى لها ، وكانوا يعقرون الحيوان على قبور موتاهم ، كما كانوا يقربون الذبائح والقرابين لآلهتهم .

---

(١) يفرق بين الصنم والوثن والنصب بأن الصنم ما كان على صورة إنسان من معدن او خشب ، والوثن ما كان على هذه الصورة من حجر - والنصب للحجر إذا كان على غير صورة معينة - لكن هذا التفريق لم يتبعه العرب دائماً . وكثيراً ما كانوا يستعملون تلك الكلمات الثلاث بمعنى واحد - وقد اشتهر من اصنامهم ود . وسواع ويغوث ونسر - واشتهر من معبوداتهم اللات والعزى ومناة ، التي زعموا انها بنات الله ، وكانت الأولى حجراً مربعاً في الطائف ، وكانت الثانية تعبد في شجرة تقع شرقي مكة ، وكانت الثالثة صخرة سوداء تقع بين مكة والمدينة ، وكان العرب يتبركون بها جميعاً ، ويرتجون شفاعتها عند الله ، ويحلفون بها .

وكانت مكة أشرف وأعظم مركز عند العرب ويسمونها أيضاً : بكة أوا أم القرى ، وذلك لما لها من الأهمية التجارية ، فأهلها « أي قبيلة قريش » كانو على جانب من الثروة بالقياس إلى سائر القبائل الأخرى ، فكل العرب تقر لهم بالتقدم في كل شيء ، ولم يعرف عنهم أنهم دانوا لأحد غيرهم ، أو أدوا لهم أتاوة. كما أن وجود الكعبة فيها أعطاها أهمية كبيرة ، فكانوا يحجون إليها من جميع الأقطار العربية ، ويتبركون بها ، وكانت حرماً آمناً لا يجوز فيها غزو أو نهب أو قتال . وقد توزعت بطون قريش في وظائف البلدة[1] ، وكانت تتناقلها بالوراثة .

أما نظام الأسرة والعائلة فقد كانت تتألف من الرجل ونسائه وأولاده وأرقائه ، وكانت البيوت القريبة تؤلف حيّاً يطلق على أفراده اسم القوم، وكان مجموع الأقوام الذين يربطهم النسب أو ما ألحق به يؤلفون القبيلة . وكان أساس القبيلة النسب ، ولكن ألحق بالنسب التبني والحلف والموالاة ، ومن هنا يدخل في تأليف القبيلة ثلاث فئات من الأفراد وهم : أقرباء النسب ويسمى واحدهم

---

(١) أهم هذه الوظائف ـ السقاية والعمارة ، اي الإشراف على بئر زمزم المقدسة وسقاية الحجاج وتأمين النظام في الأماكن المقدسة ، وكانت لبني هاشم ـ واللواء وهو تولي القيادة في القتال او التجارة ، وكانت لبني امية ـ والعقاب ، اي حفظ الراية وكان لبني امية أيضاً ـ والحجابة والسدانة وهي حراسة مفاتيح الكعبة وكانت لبني عبد الدار ـ والسفارة ، ومعناها تمثيل القبيلة في شئون الصلح بعد القتال وفي المنافرة والمفاخرة . وقد كانت السفارة لبني عدي ، والرفادة وهي الاشراف على تحصيل الضريبة التي تصرف على الحجاج الفقراء ، وكانت لبني نوفل ـ والمشورة ، وهي إعطاء الرأي في الأمور التي تعرضها قريش على صاحبها ، وقد كانت لبني أسد ـ والندوة وهو مجلس القبيلة ، وكانت لبني عبد الدار ـ الاشباق او الدبات ، وكانت لبني تيم ـ والقبة والأعنة وتشتمل حراسة مؤن الجيش وقيادة الخيل ، وكانت لبني مخزوم ـ والحكومة والأموال المحجرة وهي إدارة الغنائم المخصصة للآلهة ، وكانت لبني سهم ـ والايسار والأزلام ، وتشمل الاشراف على السهام التي كان العرب يستقسمون بها لمعرفة رأي الآلهة ، وقد كان هذا المنصب لبني جمح ، وكان اكبر اصحاب هذه المناصب يتولى رئاسة مدينة مكة ، ويلقب بسيد القوم ، وقد تولاها قبيل الاسلام العباس بن عبد المطلب من بني هاشم .

بالصريح ، ثم الأدعياء بالتبني ، وأخيراً الموالي أو الحلفاء ، وكان كذلك يدخل في أفرادها الزوجات والأرقاء والعتقاء ، وكان العرب يحبون الذكور فاستتبع ذلك بغضهم للبنات واحتقارهم للنساء بوجه عام ، كما كانوا يفتخرون في أمثالهم بعدم مشاورة النساء ، وكانوا يلقبونهن بالبقر على سبيل الامتهان ، ويستعملون كلمة الجارية[1] للأمة ، والبنت ، والزوجة على السواء ، وكان من عادتهم حرمان النساء والبنات من الإرث — وأيضاً من عادات الجاهلية الغريبة أن بعض العرب كانوا يدفنون بناتهم وهن على قيد الحياة ، ويسمى هذا الوأد ، وكانت أسباب الوأد متنوعة ، أهمها الفقر والعار — وكان للأب أو الجد رئاسة الأسرة ، وله الولاية في حياته . ثم بعد وفاته كانت تنتقل إلى سائر العصبات أي أقرباء الأب الذكور . وكانت العصبات على الترتيب التالي : الأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة . وكان للولي حق الحياة على أفرادها ، كما كان له حق رهن أولاده ، وحق تزويج أولاده لا سيما بناته ، وحق إجبارهن على ذلك وأخذ مهرهن ، كما كان له أن يطرد أولاده وأفراد القبيلة منها بإعلان ذلك على الملأ ، وكان بهذا يحرمهم من حق الإرث ، ومن حماية القبيلة .

كذلك عرف العرب في الجاهلية أنواعاً عديدة من الزواج ؛ والقصدمن ذلك التناسل والتوالد والتأليف بين القبائل برباط المصاهرة ، واشترطوا للزواج رضى الولي ، ودفع المهر ، وعدم وجود أحد محرمات الزواج ، فقد حرموا على الرجل التزوج بالأمهات ، والبنات ، والخالات والعمات ، كما حرموا على المرأة تزوج أحد أصولها أو فروعها ، أو أخوالها أو أعمامها ، كما كان التبني مانعاً من الزواج كالبنوة الحقيقية — ولم يشترطوا لعقد الزواج شكلاً أو مراسم خاصة ، إنما كانوا يولمون وليمتين بمناسبة الزواج ، إحداهما وليمة المِلاك أي الخطبة ، والثانية وليمة العرس .

---

(١) كذلك أطلقوا كلمة الغلام على الابن والعبد جميعاً (الاغاني حـ ٤ ص ١٦٧)

وكان تعدد الزوجات مباحاً دون قيد ولا شرط ، وجوزوا الجمع بين الأختين عند زوج واحد ، ولم يكن رضى المخطوبة شرطاً في الزواج ، ولم يشترط أن تكون في سن معينة. وكان السبى سببا للاسترقاق، فأجازوا نكاح الظعينة[1] ونكاح المقت[2] .

وكان للزوج على زوجته ولاية تشمل نفسها ومالها جميعاً ، وكان له حق تأديبها وضربها دون حد حتى ولو ماتت ، وكانت تعتبر مع أموالها ملكاً له ، ويمكنه طلاقها في أي وقت ، ويمكنه إمساكها بعد الطلاق، كما يمكنه رهنها.

كذلك عرف عندهم أنواع أخرى من الزواج ، كنكاح الخدن ، ونكاح المتعة ، ونكاح البدل ونكاح الاستبضاع . ونكاح تعدد الازواج ، ونكاح الزنا ، وتفصيل ذلك في الحاشية [3] .

---

(١) نكاح الظعينة : أن يقاتل الرجل فيسبي امرأة فيتزوجها دون موافقتها ولا موافقة وليها دون أي مهر .

(٢) نكاح المقت هو زواج المرأة بعد وفاة زوجها من أحد بنيه أو ورثته من دون موافقتها . فكان الرجل إذا مات عن زوج يحق لأكبر بنيه إن لم تكن أمه أن يتزوجها بطرح ثوبه عليها، وكان في ذلك أحق بها من أهلها ، وإذا لم يكن راغباً في ذلك نقل حقه إلى إخوته ، أو إلى سائر الأولياء العصبات ، وكان الولد من زواج المقت يقال له مقتي أو مقيت (أي مبغوض) فإن لم يختر أولياء الرجل تزوج امرأته بعد وفاته كانوا أحق من أهلها بتزويجها وأخذ مهرها ، وكان لهم أن يمسكوها حتى ترد إليهم مهرها ، أو حتى تموت فيرثوها . راجع لباب النقول ص ٧٤ - ٧٥ والمبسوط حـ ٤ ص ١٩٨ .

(٣) نكاح الخدن ، هو زنا مستتر بين خليل وخليلة - ونكاح المتعة - نكاح مؤقت إلى أجل لا ميراث فيه ، وينتهي بانقضاء الأجل من غير طلاق - ونكاح البدل هو أن يتنازل رجلان كل للآخر عن زوجته عن طريق المبادلة - ونكاح الاستبضاع وكان بعضهم يلجأ إليه رغبة في نجابة الأولاد ، كان الزوج يطلب من امرأته أن ترسل إلى شخص غريب فيستطيع أن يواقعها . ويعتزلها زوجها حتى يتبين حملها - وقد كان هذا نادراً - ونكاح تعدد الأزواج أن =

وأما انحلال الزواج أو الفرقة بين الزوجين فكان بالطلاق أو الخلع أو الإيلاء أو الظهار أو السبى أو الموت – فالطلاق للزوج وحده الحق فيه دون قيد. وكان له أن يمنعها بعد الطلاق من التزوج بغيره حتى بعد انقضاء العدة – والخلع فراق الزوجة على مال مأخوذ من أهلها –

والإيلاء أن يحلف الرجل على ترك قربان المرأة مدة السنة أو السنتين ، والظهار تشبيه الرجل امرأته بامرأة محرمة عليه على التأبيد ، كأن يقول لها : أنت علي كظهر أمي أو أختي ، وكان سبي المرأة يحل نكاحها السابق ، وكذلك كان زواجها اللاحق بالسابي ينحل بدوره بعودتها إلى أهلها – كما كان موت أحد الزوجين سبباً طبيعياً لانحلال الزواج .

وكانت لهم عقود بسيطة تبعاً لبساطة عيشهم ، وكانت معاملاتهم في القديم تجري على المقايضة ومبادلة السلع ، وكان عقد البيع في الأصل رضائياً ، يرتكز على رضى المتعاقدين ، وكان من تقاليدهم أن يضرب المشتري على يد البائع دليلاً على التراضي ، ولذا سمي عقد البيع صفقة . إلا أن رضى المتبايعين كانت تشوبه أحياناً بعض أساليب التغرير والغش والإكراه ، فمن بيوعهم الشائعة : بيع المصراة (وهي بيع الإبل أو البقر أو الغنم التي حبس لبنها مدة دون حلب ، حتى إذا رآها المشتري استغزر لبنها واغتر بها » . ومنها بيع النَّجش وهو أن يزيد أجنبي في السلعة المعروضة للبيع ، لا للرغبة في شرائها بل لرفع ثمنها .

= يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم ، فإذا حملت ووضعت أرسلت إليهم وأخبرتهم بما حصل ، ونسبت الولد إلى أحدهم ، فيلحق به من دون أن يحق له الامتناع .

ونكاح الزنا : نكاح كان يجتمع فيه الناس الكثيرون بإحدى البغايا اللواتي كن ينصبن على ابوابهن رايات تكون علماً ، فإذا حملت إحداهن دعت القافة العرافين للأنساب بالنظر إلى الأعضاء والاقدام) فألحقوا الولد بالذي يرون .

وعلى الرغم من بساطة عقد البيــع ، فقد عرف العرب بعض أنواع شكلية ، لا تكون نافذة ولا ملزمة إلا إذا أخذت شكلاً معيناً . من هذه البيوع بيــع الحصاة ، وبيــع الملامسة وبيــع المنابذة ، وقد اختلف في تفسيرها . وأشهر تفسير لها .

أن بيــع الحصاةأن يقول المشتري للبائع الذي بسط الثياب التي يريد بيعها : أي ثوب من هذه وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فهو لي بكذا . فيقول البائع للمشتري : نعم .

وبيـع الملامسة : بيـع يتم بأن يلمس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغيرتأمل. وبيـع المنابذه : أن ينبذ (يطرح) كل من المتبايعين ثوبه إلى الآخر من غير نظر ولا تراض .

وكذلك عرف العرب أنواعاً أخرى من العقود كالاجارة ، والمزارعة ، والإعارة ، والكفالة والرهن ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة . وغيرها [1] كالصرف والسلم [2]

هذا طرف يسير يكشف عما كان عليه العرب في الجاهلية قبل أن تبزغ عليهم شمس الإسلام ، وقد نظر الإسلام فيها جميعاً ، فأقر بعضها ، وأبطل البعض الآخر كما هذب وعدل جزءاً ثالثاً .

فما أقره الإسلام مبدأ الدية وقبولها بدلاً عن القصاص ، ومبدأ التحكيم ، وأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وأقر القسامـة ، ومبدأ تعظيم

---

(١) راجع صحيح مسلم حـ ٥ ص ١٨٥ ، وبداية المجتهد لابن رشد حـ ٢ ص ١٨٥ ، والبدائع حـ ٦ ص ٥٧-٦٢ المحلي لابن حزم حـ ٨ ص١٣٦٧ ،

(٢) الصرف مبادلة نقد بنقد ـ والسلم تسليف الثمن وتسليمه إلى البائع على أن يسلم المبيع في مدة معينة كالسنة أو السنتين حسب عادة أهل المدينة ،

الكعبة . وأقر مبدأ الزواج برضى الولي وشهود ومهر . وأقر تحريم تزوج الأمهات والبنات والخالات والعمات ، وأقر مبدأ الطلاق وجعل عدده ثلاثاً . كما أقر الخلع ، والإرث والنسب . وورث النساء والصغار ، وأقر البيع عن تراض ، وبيوع الصرف والسلم .

ومما أبطله الإسلام العصبية القبلية ، والاعتداء والإغارة ، والأخذ بالثأر ، كذا أبطل عبادة الأصنام والأوثان والكهانة والاستقسام بالأزلام [1] ، وألغى وأد البنات ، وتعدد الزوجات الذي كان لا يقف عند حد ، وأنكر زواج المقت والخدن والزنا والاستبضاع ، والطلاق بغير حد ، وحرم استرقاق المدين إذا عجز عن أداء دينه لدائنه ، وألغى التوارث بالتحالف ، وبيع الملامسة والمنابذة والغرر [2] وحرم الربا ، وأخذ الأموال نهباً . وألغى العيافة والطيرة [3].

وأيضاً قد هذب الإسلام بعض المعاملات . من ذلك أنه أقر نظام القضاء وكونه ملزماً ، لكنه سوى بين الناس فلم يفرق بين غني وفقير ، وعظيم وكبير . وراع ورعية ، كما وضع نظاماً للمواريث ، فأنصف المرأة والصغير فأعطاهم حقاً بعد أن كانوا يحرمون ميراثهم ، وحرم زوجة الأب على ابنه ، ونهى عن عضلها .

وفي الحق لم يكن الإسلام هادماً لما كان عليه العرب من محاسن العادات والصفات ، بل كان دائماً ينظر إلى مقدار المصلحة للفرد والمجتمع ، ثم يعطيها الحكم المناسب الذي يفيد الناس في حاضرهم ومستقبلهم .

---

(١) الاستقسام بالأزلام : معناه طلب الانسان ما قسم له ، والأزلام جمع زلم وهي أقداح ثلاثة مكتوب على أحدها : أمرني ربي ، وعلى الثاني : نهاني ربي ، والثالث : غفل ليس عليه كتابة ، فكان الجاهليون يضربونها للتعرف على ما قسم لما يريدون من أمر . فإن خرج المكتوب عليه أمرني ربي مضى إلى ما يريد ، وأن خرج نهاني ربي لم ينصرف إلى ما يريد ، وأن خرج الذي لم يكتب عليه شيء ضرب الأقداح مرة أخرى إلى أن يخرج الآمر او الناهي .

(٢) الغرر . بيع ما يوهم أنه ليس بموجود . كبيع السمك في الماء والطير في الهواء .

(٣) العيافة . زجر الطير ، وأصله ان يرمي الشخص الذي يريد الخروج إلى أمر طيرا بحصاة أو يصيح به ، فإن ولى في طيرانه ميامنة تفاءل به ، وان ولاه مياسرة تشاءم والفرق بين الفأل والطيرة أن الفأل عام فيما يسر ويسوء والطيرة فيما يسوء فقط فهي التشاؤم .

الباب الأول

أدوار الفقه الإسلامي

تمهيد : درج الباحثون في تاريخ الفقه الإسلامي ، على تقسيم حياة التشريع الإسلامي إلى أدوار متعددة . تبعا لتطوره من بناء وتأسيس ، فانتشار وتفريع ، فازدهار وتوسيع ، ثمّ جمود وتقليد ، إلى نهضة وتجديد ، وقد اختلفت مناهج الكاتبين في عدد تلك الأدوار فمنهم من قصرها على ثلاثة أدوار ، ومنهم من يراها أربعة ، ومنهم من عددها خمسة ، أو ستة ، بل لقد أوصلها بعضهم إلى سبعة أدوار .

ولكنا إذا لاحظنا خصائص التشريع ، وما أصابه في الأزمنة المختلفة من قوة أو ضعف ، يمكن أن نقسم الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي إلى خمسة أدوار :

الدور الأول : دور النشأة ، أو التأسيس ، وكان في عصر النبوة ، فيبدأ برسالة الرسول عليه السلام وينتهي بوفاته سنة ١١ هـ . وكانت مدة هذا الدور اثنتين وعشرين عاماً وبضعة شهور .

الدور الثاني : دور البناء ، ويتناول التشريع في عصر الخلفاء الراشدين وكبار التابعين ، وقد استمر هذا الدور إلى أوائل القرن الثاني الهجري .

الدور الثالث : دور النضج والكمال ، ويبدأ من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع ، وفي هذا الدور بلغ الفقه الأوج في الاجتهاد ، والتفريع المذهبي .

الدور الرابع : دور الانتصار للمذاهب . والتقليد ، وسد باب الاجتهاد ، ويبدأ من منتصف القرن الرابع الهجري ، وتنتهي مرحلته الأولى حين سقطت بغداد في أيدي التتار ، وتنتهي الثانية بظهور المجلة العدلية سنة ١٢٨٦ هـ ، وفي هذا الدور نشطت حركة التأليف والتخريج ، والترجيح بين المذاهب .

الدور الخامس: دور اليقظة الفقهية، ويبدأ بظهور الحركة الفقهية التي وقعت في تركيا، بوضع مجلة الأحكام العدلية على يد لجنة من الفقهاء، ويستمر إلى الوقت الحاضر.

الفصل الأول

الدور الفقهي الأول ـ عصر النبوة

بدأ الفقه في هذا الدور يتكون وينشأ، على يد صاحب الرسالة محمد بن عبدالله عليه السلام، الذي ولد في مكة سنة ٥٧٠ م على الأرجح، والذي نشأ يتيما يرعى الغنم في صباه، والذي ذاق مرارة اليتم والفقر ومشقة العمل، مما أكسبه خبرة وذخيرة لجهاده الأكبر في سبيل الدعوة الإسلامية.

وحين بلغ الأربعين من عمره، أي في السنة ٦١٠ للميلاد، أنزل الوحي عليه وبدأت رسالة الاسلام، وببداية هذه الرسالة بدأ الدور الأول من تاريخ التشريع الإسلامي، الذي امتد حتى وفاة النبي صلى الله عليه وسلم سنة ٦٣٢ م

وكان كتاب الله القرآن الكريم المصدر الأساسي للتشريع، وإلى جانبه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي تشمل أقوال النبي وأفعاله، وتشمل تقريراته أيضاً. وقد مكث الرسول بمكة نحواً من ثلاث عشرة سنة، ثم هاجر إلى المدينة فمكث فيها نحواً من عشر سنوات، ولذا لم تستمر هذه الفترة إلا سنوات قليلة، هي اثنتان وعشرون سنة وأشهر، وقد اختلف التشريع في مكة عنه في المدينة على النحو الآتي.

التشريع في مكة:

كان طابع التشريع في مكة يتسم في غالبه بطابع الدعوة إلى الله، وتوحيده،

ونبذ ما كان يعبد الناس قبل الإسلام من مختلف المعبودات ، وصرفهم عن الأديان الباطلة ، وتوجيههم للدين الحق ، وإقامة الأدلة على ذلك ، والدعوة إلى الإيمان بالرسل والملائكة والبعث والحساب واليوم الآخر ، والإرشاد إلى محاسن الصفات، ومكارم الأخلاق، كما دعاهم إلى التفكير في ملكوت السموات والأرض، وعدم إهمال عقولهم، وشدد النكير على تقليد الآباء ، وأكثر من ضرب الأمثال وقصص السابقين ، وما حلّ بهم من عذاب لمخالفتهم دعوة رسلهم ، كذلك دعاهم إلى ترك آثار الجهل، التي خلفها لهم السابقون كالعصبية القبلية، ووأد البنات.

كما تناول الوحي تسلية الرسول عما كان يلقاه في سبيل الدعوة من شدائد . أما التشريعات العملية فلم يعرض القرآن لها حين إقامة الرسول بمكة الا بالقدر الذي يتصل بحماية العقيدة كتحريم الميتة والدم ، وتحريم ما لم يذكر اسم الله عليه عند ذبحه . أو بما له أثر في ارتباط المخلوق بالخالق ، وتوجيه النفس إلى الخير كالصلاة .

وبعد أن تم النصر للرسول ، وظهر دينه الحق ، ودخل الناس فيه أفواجا وتقطعت أهواء الذين يصدون عن سبيل الله ، أذن الرسول صلوات الله وسلامه عليه بالهجرة إلى المدينة، على أثر اضطهاد المشركين ، ومضايقة الكفار له ولأتباعه وبعد الهجرة أخذ التشريع الإسلامي يتمايز عما كان عليه في مكة .

التشريع في المدينة :

حين هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة أخذ الوحي ينزل بالتشريعات المفصّلة ، التي لا بد منها لتنظيم حياة المسلمين ومعاملتهم ومجتمعهم، إذ بدأت تتكون الدولة الإسلامية ، وتحتاج إلى ما تقوم به من نظم وتشريعات ، وقوانين تحدد العلاقات بين أفرادها ، وبينها ، وبين غيرها من الامم . فلم تبق مهمة التشريع دينية خالصة ، بل أخذ الإسلام يوضح أنه دين عقيدة وشريعة ، فأبطل الإسلام العصبية القبلية الجاهلية ، وأبدل بها عصبية

الدين ، وألغى فكرة الطبقية،ووضع مبدأ المساواة بين الناس ، وفكرة الأخوة الإنسانية ، فلا فرق بسبب العِرق ولا الجنس ولا اللون ولا النسب ، إنما اعتبر التقوى وحدها مقياس الكرامة .

كذلك وضع الإسلام لأول مرة في تاريخ العرب فكرة الدولة ، وجعل من الواجب طاعة السلطان ، قال تعالى: « يا أيها الذين آمنوا أَطِيعُوا اللهَ وأطيعُوا الرسولَ وأُولي الأمْرِ مِنْكُمْ » (النساء — ٥٩)، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، « من أطاعني فقد أطاع الله ، ومن عصاني فقد عصى الله ،ومن يطع الامير فقد أطاعني ، ومن يعص الأمير فقد عصاني [١] »

كما قيد الإسلام سلطة الدولة ، وركز طاعتها على أساس ديموقراطي ، بأن أوجب الشوري في الحكم ، وأوجب التقيد بالدستور الإسلامي وهو الشريعة المقدسة ، قال تعالى : « وأمرهُم شوري بَيْنَهم » (الشوري / ٣٨) — وقال « وشاوِرهُم في الأمْرِ » (آل عمران / ١٥٩) — وجاء في الحديث النبوي الشريف « السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية ، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة [٢] » .

وكان من نتائج فكرة السلطة العامة حماية الحقوق ، ومعاقبة الجرائم من قبل الدولة ، وإيجاد فكرة الحق العام في العقوبات ، وتنفيذها باسم المجتمع أحياناً ، بصرف النظر عن الحق الشخصي ، وهذا الحق العام هو الذي سماه الفقهاء فيما بعد : « حق الله تعالى » إجلالا له وتعظيما، وبهذا قضى الإسلام على مبدأ « الحق للقوة » ، وما كان يتفرع على ذلك من حوادث الغزو والسلب والنهب ،والأسْر والاسترقاق التي كانت شائعة عند العرب في الجاهلية .

كذلك دعا الإسلام إلى الجهاد في سبيل الله ، وحرّم الغزو الجاهلي ، وأباح

---

(١) البخاري شرح العيني ﺣ ١٤ ص ٢٢٢

(٢) البخاري بشرح العيني ﺣ ١٤ ص ٢٢١

الحرب الدفاعية لأجل دفع العدوان عن الدين والوطن والأماكن المقدسة ، منعاً للفتنة في الدين ، ومحافظة على حرية العقيدة .

وأيضاً جاءت الشريعة الإسلامية بأصول الحرب ، ودعت إلى عدم الغدر ، ووجوب الإنذار قبل بدء الأعمال الحربية ، ومنعت الاعتداء على المسلمين ، وحرمت قتل الأطفال والنساء والشيوخ والعجزة ، ورجال الدين والعلماء ، والجرحى والأسرى ، ومنعت التمثيل بالعدو ، وتخريب الديار العامرة .

ومن ناحية تنظيم الأسرة أبرز الإسلام واجب صلة الأرحام ، وأوضح أحكام الولاية والنفقات والمواريث ، ونظم أحكام المحافظة على أموال اليتامى ، وإدارة شئونهم وأعطى المرأة حق الإرث وحق التملك ، وحق التصرف في أموالها دون إذن زوجها ، وحق حضانة أولادها ، وطلب البر بالوالدين وجعل الزواج نعمة مبنية على الرحمة والمودة .

وأقر الإسلام الحريات الضرورية،ومنها حرية العقيدة فقال تعالى: « أدعُ إلى سبيل ربِّكَ بالحكمةِ والموعظةِ الحسَنةِ وجادِلْهُم بالتي هِي أحْسَن » (النحل / ١٢٥) وقال « ولَوْ شاء ربكَ لآمنَ مَنْ في الأرْضِ كلُّهم جميعاً أفأنت تُكرِهُ الناسَ حتَّى يكونوا مؤمنينَ» (يونس/٩٩)،وقال سبحانه: « لا إكْرَاهَ في الدِّين » (البقرة / ٢٥٦)،وقال « لكُمْ دينُكُم وليَ دينْ» (الكافرون / ٦) .

وفي مجال الحرية الشخصية وضع الإسلام نظاماً تدريجياً لإلغاء الرق ، فأمر بحسن معاملة الرقيق ، وعمل على تشجيع تحريره ، وجعل تحرير الرقاب كفارة لكثير من الخطايا والذنوب ، وأحد مصارف الزكاة فقال تعالى : «إنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَراءِ والمَساكِين والعَامِلينَ عليْها والمؤلفةِ قلوبُهم، وَفي الرِّقَابِ ، والغَارِمينَ وَفِي سَبيل الله وابنِ السَّبيل » (التوبة /٦٠) .

وفي تقرير حرية التعليم ،جعله الاسلام واجباًعلى المسلمين فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم: «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة» وقال: «أطلبوا العلم ولو في الصين[1]»، كما عظم القرآن الكريم قدر العلم والعلماء في أكثر من آية فقال تعالى: «يَرْفَعُ اللهُ الذينَ آمنوا مِنكُم والذينَ أُوتُوا العِلْمَ دَرَجَاتٍ» (المجادلة ـ ١١)

وفي مجال الملكية الفردية، حرم الإسلام التعدي والنهب. والاستيلاء على ملك الغير بدون حق، كما أقر حرية التملك، قال تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلاَّ أن تكون تجارة عن تراضٍ مِنكُم»، (النساء ـ ٢٩) غير أن الشرع الإسلامي قيد الملكية الفردية بواجب تأمين العدالة الاجتماعية، والتكافل الاجتماعي، ففرض الزكاة، وبين أنها تجب على الأغنياء حقا للفقراء، قال تعالى: «وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ والمَحْرُومَ» (الذاريات ـ١٩) وقال «وآتِ ذَا القُرْبَى حَقَّهُ والمِسْكِينَ وابْنَ السَّبِيلِ» (الإسراء ـ ٢٦).

أما ناحية العقود فقد أوجب الوفاء بها فقالى: تعال «يَأَيُّهَا الذينَ آمَنُوا أوفُوا بالعقُودْ» (المائدة ـ ١) كما حرم الربا وأحل البيع، وحَرَّم الغش والاحتيال في العقود والمعاملات. فقال صلى الله عليه وسلم «ليس منا من غَشَّ»[2].

ومنع الاسلام أيضاً الاعتداء على حقوق الغير، وحرم شهادة الزور، وأمر الناس أن يمروا باللغو كراماً، قال تعالى: «والذينَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ وإذَا مَرُّوا بالَّلغْوا مَرُّوا كِرَامًا» (النور ـ ٧٢).

وهكذا لم يهمل الإسلام أي ناحية من نواحى الحياة، بل نظمها تنظيماً دقيقاً.

---

١ ـ الحديثان رواهما ابن عدى في الكامل، والبيهقي في شعب الإيمان، وغيرهما، أنظر الجامع الصغير للسيوطي رقم ٥٦٤، ١١١٠

٢ ـ انظر سنن ابي داود ـ ٣ رقم سنة ٣٤٥٢، والجامع الصغير رقم سنة ٩٨٩٩.

مميزات التشريع في العصر النبوي الشريف :

قدمنا أن التشريع في هذا العصر عني بإصلاح العقيدة أولاً ، ثم بتنظيم الحياة العملية ثانياً ، وأن هذه كانت طبيعة التشريع حينذاك. وقد تميز التشريع بالأمور الآتية :

أولاً – واقعية التشريع : فلم يقم على فرض حوادث ، أو تخيل وقائع ، ولم يلتمس الأسباب للتفريع وتدوين الأحكام ، إنما سار مع الحوادث ، وتمشى مع النوازل فكان الرسول إذا سئل عن مسألة ، أو جدّت حادثة تقتضي حكماً من الشارع ينتظر الوحي السماوي ، فإن نزل بالمراد كان بها ، وأفتى السائلين بما نزل ، فكانت الآية تنزل جواباً بالسؤال ، أو رداً على استفتاء ـ وكانت بعض التشريعات ينزل بها الوحي بلا سؤال ، والنوع الأول نجده مُصَدَّراً بكلمة يسألونك ، أو كلمة يستفتونك[1].

وقد وردت كلمة يستفتونك في القرآن مرتين هما قوله تعالى : « وَيَسْتَفْتُونَكَ في النساءِ قلِ اللهُ يُفتيكُمْ فيهنَّ » (النساء ١٢٧) ـ وقوله تعالى : « يَسْتَفْتُونَكَ قلِ اللهُ يُفتيكُم في الكَلالَةِ » (النساء – ١٧٦)

ووردت كلمة « يسألونك في القرآن خمس عشرة مرة ، وكانت في ثمان منها أسئلة عن بعض ما يتناوله الفقه من موضوعات « وهي قوله تعالى :

١ – يَسألونك مَاذَا يُنفِقُونَ ، قُلْ : مَا أَنْفَقْتُم مِنْ خيرٍ فَلِلْوَالدَينِ والأقربينْ » (البقرة – ٢١٥)

٢ – يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهرِ الحَرَامِ قِتَالٍ فيه ، قُلْ : قِتَالٌ فيه كَبيرٌ » (البقرة – ٢١٧).

---

١ ـ من الملاحظ ان هذه الأسئلة الفقهية جاءت كلها في سور مدنية .

٣ ـ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الخَمْرِ والمَيْسِرِ ، قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ ، وإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا (البقرة ـ ٢١٩).

٤ ـ وَيَسْأَلُونَكَ مَاذا يُنفِقُونَ قُلِ العَفْوَ[1] » (البقرة ـ ٢١٩).

٥ ـ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ اليَتَامَى قُلْ إِصلاحٌ لَهُمْ خيرٌ »(البقرة ـ ٢٢٥)

٦ ـ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ المَحِيضِ ، قُلْ هو أَذًى ، فاعتزلُوا النساءَ في المحيضِ وَلا تقربُوهُنَّ حَتَّى يَطهُرنْ » (البقرة ـ ٢٢٢).

٧ ـ يَسأَلُونَكَ مَاذا أُحِلَّ لَهُم ، قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيبات » (المائدة ـ ٤).

٨ ـ يَسأَلُونَكَ عنِ الأنفَال قُلْ الأنفَالُ لِلهِ وَالرَّسُول »(الأنفال ـ ١)[2]

وكذلك ورد في السنة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أصحابه فقالوا له: إنا نركب البحر وليس معنا إلا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا. فقال عليه السلام: « هو الطهور ماؤه ، الحل ميتته » .

الاجتهاد من الرسول :

وكان الرسول إذا سئل عن مسألة أو حدثت حادثة ينتظر الوحي، فإن نزل بحكمها أجاب بما نزل به ، وإن لم ينزل الوحي ، كان هذا إيذاناً من الله بأنه وكل إلى رسوله أن ينطق بالتشريع اللازم ، ومعلوم أنه لا ينطق عن الهوى :

وأحياناً أخرى كان الرسول يجتهد في الحكم ثم يصدر رأيه قبل الوحي، وهنا لا يقره

---

١ ـ المراد بالعفو ما يسهل على الناس إنفاقه .
٢ ـ الانفال جمع نفل وهو ما يستولي عليه المسلمون من الكفار بعد انتهاء المعركة بينها .

الله على هذا الرأي إلا إذا كان صواباً ، على أن الرسول كان في اجتهاده يستلهم ما نزل من قانون الله وشريعته ، مـــع تقدير للمصلحة ـ وأحياناً كان يستشير أصحابه قبل إصدار الحكم، ومن هنا يجب أن نجزم أن كل التشريعات التي صدرت في عهـــد الرسول كانت إلهية ، إمّا عن طريق مباشر بنزول القرآن ، وإما عن اجتهاد من الرسول في بادىء الأمر، ثم يقره الله عليها .

ثانياً ـ انه لم يكن هناك مجال للاختلاف في الأحكام: لأن سلطة التشريـــع كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم دون أن يتدخل فيها أحد ، فـكان المرجع للتشريـــع هو الوحي المتلو « القرآن »، وغير المتلو وهو السنة ، واجتهاد الرسول ما هو إلا ضرب من الوحي ، وقد ورد في القرآن ما يفيد أنـــه كان للرسول اجتهاد في بعض النوازل والأحداث، وأن الله لم يقر ما ذهب إليه ، وكان من الله له في ذلك عتاب أحياناً . فمن ذلك .

أ ـ ما جاء في مسند أحمد بن حنبل[١] « أنه لما فتح الله على المسلمين يوم بدر وأسروا كثيراً من المشركين ، استشار الرسول أبا بكر وعمر وعليا فيما يصنع بالأسرى ، فقال أبو بكر : « يا نبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفدية، فيكون ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار ،وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عَضُداً ـ وقال عمر: «والله ما أرى ما رأى أبو بكر، ولكني أرى أن تمكنني من فلان « قريباً لعمر » فأضرب عنقه ، وتمكن علياً من عقيل ـ وهو أخوه ـ فيضرب عنقه، وتمكن حمزة من فلان ـ أخيه ـ فيضرب عنقه ، حتى يعلم الله أنه ليست في قلوبنا هوادة للمشركين ، هـــؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم ، ثم يمضي عمر في رواية الحديث فيقول « فهوي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ، ولم يهو ما قلت ، فأخذ منهم الفداء ، فلما كان من الغد : غدوت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فإذا هو قاعد وأبو بكر ، وإذا هما

١ ـ مسند احمد ح ١ ص ٢٤٤ طبع دار المعارف ١٩٤٨ م .

يبكيان ، فقلت يا رسول الله أخبرني ماذا يبكيك أنت وصاحبك؟ فإن وجدت بكاء بكيت ، وإن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما ، فقال النبي ـ كما جاء في رواية أخرى أبكي للذي عرض لأصحابي من أخذهم الفداء ، لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة ، يشير إلى شجرة كانت قريبة منه ، ثم قال : « إن كان ليمسنا في خلاف عمر بن الخطاب عذاب عظيم ، ولو نزل العذاب ما أفلت إلا عمر » .

وقد أنزل الله تعالى في هذه المسألة هاتين الآيتين « مَا كَانَ لِنَبِي أَن يَكُونَ لَهُ أَسرَى حَتَّى يثخِنَ في الأَرْضِ ، تُرِيدُون عَرَضَ الدُّنيَا والله يُرِيدُ الآخرة والله عَزِيزٌ حَكِيمٌ ، لولا كتابٌ من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذابٌ عظيمٌ »(الأنفال ٦٧ ـ ٦٨) .

ومن هذا الحديث يتضح أن الرسول قد اجتهد في مسألة أسرى بدر ، واستشار بعض أصحابه الأكرمين، ثم أخذ بما أداه إليه اجتهاده ، وهو موافقة رأي أبي بكر ، لكن الله لم يقره على ما رآه ، وأنزل في ذلك من القرآن ما يدل على أن الرأي الحق كان على خلاف ما رأى [1] » .

ب ـ استأذن بعض المنافقين رسول الله صلى الله عليه وسلم في التخلف عن غزوة تبوك متقدمين بأعذار قبلها رسول الله على ضعف فيها ، كما تخلف بعض المؤمنين أيضاً ، وأذن الرسول لهم في التخلف عن الذهاب معه في هذه الغزوة، لكن الله : الذي يعلم ما في الضمائر والنفوس من نيات ، لم يرض من رسوله هذا الإذن ، وأفهمه أنه كان أولى به التريث في الإذن لمن استأذنوا، حتى يعلم المنافقين منهم، والصادقين في الاعتذار، إذ أن المنافقين كانوا سيتخلفون وإن لم يأذن لهم، وفي ذلك أنزل الله قوله تعالى: «لَوْ كَانَ عَرَضاً قَرِيباً وَسَفَراً قاصداً لاتَّبعُوك»

١ ـ يقول صاحب بدائع الصنائع حـ ٧ ص ١٢ إن الرسول رأى ما رأى في أسارى بدر عن اجتهاد ولم ينتظر الوحي ، فعوتب من الله تعالى بما نزل في ذلك من القرآن .

وَلَـكِنْ بَعُدَتْ عَلَيهِمُ الشُّقَّةُ [1] ، وَسَيَحْلِفُونَ بِاللهِ لَو اسْتَطَعْنَا لَخَرَجْنَا مَعَكُمْ يُهْلِكُونَ أنفسَهم وَاللهُ يَعلِمُ إنَّهم لَكَاذِبُونَ ، عَفَا اللهُ عَنْكَ ، لِمَ أذِنْتَ لَهُمْ ! حَتَّى يَتبيَّنَ لَكَ الذِينَ صَدقوا وَتعلمَ الكَاذِبِينَ » (التوبة - ٤٢ ، ٤٣).

فقول الله تعالى « عَفَا اللهُ عنكَ ، لِمَ أذِنْتَ لَهم ! » ينطوي على أن الرسول لم يُصبْ في اجتهاده ، وفي إذنهِ لمن استأذن ، ومنهم المنافق ومنهم المؤمن الحق ، ولذلك لم يقره الله على هذا الاجتهاد [2] .

ثالثاً - **أن التشريع في العصر النبوي لم يثبت جملة واحدة** ، بل كان مفرقاً على حسب الوقائع ، فكان نزول الآيات والأحاديث تابعاً لوقوع النوازل. وذلك على خلاف الشرائع السماوية السابقة فإنها نزلت جملة واحدة ، والسر في مجيء التشريع الإسلامي متدرجاً جعله أقرب إلى القبول والامتثال ، فقد كان العرب في الجاهلية في إباحية مطلقة. فحتى لا ينفرون من التكليف جملة واحدة ، جاء على هذا النهج ، كما أن في التدرج تيسير المعرفة ، وإقدار الفهم ، وإيقاف على على أسباب التشريع ، وما أحاط بصدوره من ظروف .

وكثيراً ما سلك التشريع التدرج في حكم الشيء الواحد ، والانتقال به من حالة إلى حالة أخرى ، إلى أن يصل إلى الحكم النهائي ، فلم يكن التدرج مقتصراً على التشريعات الكلية . ومن أمثلة التشريعات المتدرجة :

أ - **الخمر** فقد كان من المشروبات الشائعة عند العرب ، فحين سأل الناس رسول الله صلى عن حكمه في الإسلام نزل قوله تعالى : « يسئلونك عن الخمر والميسر قُلْ فيهما إثمٌ كبيرٌ ومنافعُ للناس ، وإثمُهُمَا أكبرُ من نفعهما »

---

١ - العرض القريب . المنافع والمغانم « اي لو كان ما دعوا اليه مغنما سهل المأخذ ، والسفر القاصد . الوسط ، لاتبعوك . لوافقوك على الخروج للجهاد ، والشقة : المسافة الشاقة .

٢ - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ح ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٤ .

(البقرة ـ ٢١٩) ـ وروى أحمد عن أبي هريرة قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يشربون الخمر ويأكلون الميسر ، فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما ، فأنزل الله « يسألونك عن الخمر والميسر .. « الآية » فقال الناس ، مَا حُرِّم علينا ، إنما قال : إثم كبير ، فكانوا يشربون الخمر ، حتى كان يوم من الأيام صلى رجل من المهاجرين أَمَّ أصحابه في المغرب « أي كان يصلي بهم إماماً في صلاة المغرب » فخلط في قراءته ، فأنزل الله آية أغلظ منها « يأيُّها الذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وأَنْتُمْ سُكارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُون » (النساء ـ ٤٣) .

ويروى النسائي والبيهقي عن ابن عباس قال : إنما نزل تحريم الخمر في قبيلتين من قبائل الأنصار ، شربوا فلما ثمل القوم عبث بعضهم ببعض ، فلما صحوا جعل الرجل يرى الأثر في وجهه ورأسه ولحيته ، فيقول : صنع بي هذا أخي فلان ، وكانوا إخوة ليس في قلوبهم ضغائن ، فيقول : والله لو كان بي رءوفاً رحيماً ما صنع بي هذا ... حق وقعت الضغائن في قلوبهم ، فأنزل الله هذه الآية « يأيُّها الذِينَ آمَنُوا إنَّمَا الخَمرُ والمَيسِرُ والأَنْصَابُ والأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمُ تفلحون ، إنَّما يُرِيدُ الشَّيطانُ أَنْ يُوقِعَ بينكُم العَداوةَ والبَغْضَاءَ في الخمرِ والمَيْسِرِ ويَصُدكُم عَنْ ذكرِ الله وعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونْ » (المائدة ٩٠ ـ ٩١)[٢] .

ب ـ **الربا** ، فقد تدرج التشريع بالنسبة إليه . ففي أول الأمر أوضح الله أن الربا لا نماء فيه ولا بركة ، وقارن بينه وبين الزكاة مبيناً أن الأخيرة مما

---

١ ـ الميسر هو القمار ـ والأنصاب جمع نصب وهي حجارة كانت تنصب للعبادة في الجاهلية او للذبح عليها تعظيماً لها وتقرباً ـ والأزلام هي القداح التي كانوا يضربوها اذا ارادوا امراً من الامور .

٢ ـ اسباب النزول للسيوطي ص ٧٧ طبع القاهرة ١٣٨٢ هـ .

يضاعف الله ثوابها، ويبارك فيها فقال تعالى: « وَمَا أَتَيْتُم مِنْ رِباً لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلاَ يَرْبُو عِنْدَ اللهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمْ الْمُضْعِفُونَ[1]» (الروم ـ ٢٩).

ثم بعد ذلك بين الله تعالى أن الربا ظلم ، وأنه حرم على اليهود طيبات كثيرة كانت حلالاً لهم ،بسبب أكلهم الربا وقد نهوا عنه، فكان ذلك إنذاراً من الله بأنه سيحرم الربا على المسلمين، فقال تعالى « فَبِظُلْمٍ مِنَ الذّينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ ، وَبِصَدِهِمْ عَنْ سَبيلِ اللهِ كَثِيراً، وأخذهم الربَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ ، وَأَكْلِهِمْ أموالَ الناسِ بالبَاطِلِ ، وأعتَدنَا للكافِرِينَ عَذَاباً أليماً » (النساء ١٦٠ - ١٦١)فكانت بياناً من الله بعدم قبوله للربا ، ومقدمة للمنع .

ثم نهى الله بعد ذلك عن تعاطي الربا في أقبح صوره ، وهي الصورة التي كانت شائعة بين الناس ، فقال سبحانه « يأيُّهَا الذينَ آمَنُوا لاَ تأكُلُوا الرِّبَا أضْعَافاً مُضَاعَفَةً واتَّقُوا اللهَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ » (آل عمران ـ ١٣٠) ثم جاء التشريع بالتحريم للربا بجميع أنواعه ، مصحوباً بالتهديد الشديد ، وإعلان الحرب على المرابين ، ولم يكن ذلك إلا حين استقر في نفوس المسلمين أن الربا لا فائدة فيه ، وأن الله لا يرضى عن التعامل به ، وفي ذلك يقول الله سبحانه : « الذّينَ يَأكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إلاّ كَمَا يَقُومْ الذّي يَتَخَبَّطُهُ الشيطانُ مِنَ المَسِّ ، ذَلِكَ بِأنَّهُمْ قَالُوا إنما البَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ، وأَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَحَرَّمُ الرِّبَا ، فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَأنْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللهِ ، وَمَنْ عَادَ فَأولَئِكَ أصحابُ النَّارِ هُمْ فيهَا خَالِدُونَ ، يَمْحَقُ اللهُ الرِّبَا

١ ـ المعنى « وما أعطيتم أكلة الربا من ربا ليربو في اموالهم فلا يبارك الله فيه ، وما اعطيتم من صدقة تبلغون بها وجه الله خالصاً ولا تطلبون رياء ولا سمعة فأولئك هم ذوو الاضعاف من الحسنات » .

وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ، إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (١)، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (البقرة ـ الآيات من ٢٧٥ إلى ٣٧٩) .

حـ ـ **الزكاة** ، وهي ضريبة إسلامية فرضت على الأغنياء وللفقراء ، وكانت أول الأمر اختيارية غير محدودة الأنصبة والمقادير . يخرج الشخص قدر ما يستطيعه من غير تحديد بمقدار ، قال تعالى : « وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ » (البقرة ـ ٢١٩). ثم بعد ذلك فرضت محددة المقادير ، وشرعت مختلفة باختلاف نوع المال ، فكانت عشر الخارج في الزروع والثمار إن كانت الأرض تسقى بماء السماء أو سيحا ، ونصف العشر إن كانت تسقى بآلة رافعة ، وربع العشر في الذهب والفضة ، وعدداً معيناً في الحيوان .

د ـ **الصلاة**: فقد شرعت في أول الأمر صلاتين ، صلاة في الغداة، وصلاة في العشي، فلما ألف الناس ذلك شرعها الله خمس صلوات في اليوم والليلة ركعتين ركعتين ما عدا المغرب فقد شرع ثلاثاً ، ثم بعد ذلك أقرت في السفر ركعتين ،

---

١ ـ أخرج أبو يعلى في مسنده وابن منده من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس قال: بلغنا أن هذه الآية نزلت في بني عمرو بن عوف من ثقيف، وفي بني المغيرة وكانت بنو المغيرة يربون لثقيف فلما أظهر الله رسوله على مكة وضع يومئذ الربا كله، فأتى بنو عمرو وبنو المغيرة الى عتاب بن أسيد وهو على مكة ، فقال بنو المغيرة : أما جعلنا أشقى الناس بالربا ، ووضع عن الناس غيرنا ؟ فقال بنو عمرو ، صولحنا على أن لنا ربانا ، فكتب عتاب في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت هذه الآية والتي بعدها ، راجع أسباب النزول للسيوطي ص ٢٦ .

وزيدت في الحضر إلى أربع ركعات في الظهر والعصر والعشاء وبقيت في المغرب ثلاثاً .

رابعاً : أن مصادر التشريع كلها كانت منحصرة في الوحي ، كما أشار الى ذلك القرآن الكريم ، فقال تعالى : « وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الهَوَى إنْ هُوَ إلاّ وَحْيٌ يوُحَى » النجم - ٤) وكثيراً ما كان القرآن يأتي بالقواعد العامة ، والأحكام الكلية والتشريعات الإجمالية ، ويقوم الرسول بتفصيل هذا الإجمال ، وتفسير وتحديد تلك القواعد العامة . وشرح ما غمض منها ، لكنه في كل ذلك مُلهَم من الله ، لا يقر على خطأ بحال .

ومن الأمثلة التي توضح ما تقدم ، من أن السنة كانت توضح ما أجمل في القرآن ، وتفصل ما ورد فيه من احكام كلية :

أ - الصلاة . فقد أمر الله بها وشرع فرضيتها ، وجاء ذلك في قوله تعالى : « أقِيمُوا الصّلاةَ » (البقرة- ٤٣) وقوله « يا أيُّهَا الذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا واسْجُدُوا » (الحج - ٧٧) إلا أن النص لم يبين أوقات الصلاة ، ولا عدد صلوات كل يوم ، أو عدد ركعات كل صلاة ، ولا كيفيتها على نحو لا إبهام فيه ولا لبس ، فجاءت السنة ، وبينت ذلك كله ، حين صلى الرسول صلى الله عليه وسلم فعلاً ، ، وقال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » :

ب - الصوم ، فقد فرضه الله بقوله سبحانه : « شَهْرُ رَمَضَانَ الذّي أنزِلَ فِيهِ القرآنُ هُدًى لِلنّاسِ ، وَبيِّنَاتٍ مِنَ الهُدَى والفُرْقَان ، فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ، وَمَن كَانَ مَرِيضاً أو عَلَى سَفَرٍ فَعِدةٌ مِن أيّامٍ أُخَرْ. . .» (البقرة ١٨٥) - ثم بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن المراد بالشهر الشهر القمري لا الشمسي ، وأن الصوم يكون

من الفجر إلى الغروب ، وأنه يجب الصوم لرؤية الهلال، والفطر لرؤيته ، كما بين حكم المفطر ناسياً أو عامداً ، وغير ذلك من الأحكام .

حـ ـ الزكاة : فقد ورد الأمر بها في القرآن الكريم بلفظ الزكاة والصدقة في كثير من الآيات. فقال تعالى: « وَآتُوا الزَّكَاةَ » (البقرة ـ ٤٣) ـ وقوله: « خُذْ مِنْ أموالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا » (التوبة ـ ١٠٣)وقال سبحانه : والذِينَ فِي أموَالِهِم حَقٌّ مَعْلُوم للسائلِ والمحْرُوم » (المعارج ٢٣ ـ ٢٤) ـ وقد جاءت السنة النبوية مبينة نصاب الزكاة في كل نوع من الأنواع . كما بينت المقدار الواجب إخراجه من كل نوع ، من ذلك قوله عليه السلام : « فيما سقت العيون أو كان عشريا العشر ، وما سقى بالنضّح نصف العشر » وقال : « وفي الركاز الخمس » وقال : « ليس فيما دون خمسة أوسق من الثمر صدقة ، وليس فيما دون خمس أواق من الوَرِق صدقة ، وليس فيما دون خمسة أذواد من الإبل صدقة »[1].

د ـ وفي الحج أيضاً ذكر القرآن أنه فرض فقال تعالى : « وَللهِ عَلى النَّاس حجُّ البيْتِ مَنِ استطاع إليهِ سَبيلاً » (آل عمران ـ ٩٧) وقال جل شأنه: « وأَتِمُّوا الحَجَّ والعُمْرَةَ للهِ » (البقرة ١٩٦) ثم جاءت السنة فبينت كيفية الإحرام ومواقيته ، ومتى يكون واجباً ، ومخطوراته ، وعدد مرات السعي بين الصفا والمروة، وكيفيته، وأتى بجميع مناسك الحج ثم قال: « خذوا عني مناسككم » .

وهكذا كانت السنة مبينة للقرآن يشير إلى ذلك قوله تعالى : « وأنزلنا

---

١ – الذي يسقى بالنضح : هو ما يسقى بالآلات – والوسق ستون صاعاً أو حمل بعير – والصاع مكيال يسع أربعة امداد ـ والمد مكيال يزن عند اهل العراق رطلين ، والرطل ١٢٨ درهماً وأربعة اسباع ـ والذود من الإبل ما بين الثلاث الى العشر ، والمراد خمسة من الإبل .

إليك الذِّكْر لِتُبيِّن للناس ما نُزِّل إِلَيْهِم » (النحل – ٤٤)، فلم ينتقل الرسول من هذه الدنيا إلا بعد أن خلف تشريعاً كاملاً ، وافياً بحاجات المسلمين في كل بيئة ، وفقهاً تام الأصول والقواعد إلا أنه لم يكن مدوناً إلا ما جاء في القرآن ، لأن الرسول أمر بكتابته ، ونهاهم عن كتابة السنة خوف اختلاطها بالقرآن. وقال لأصحابه أخيراً : « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي » .

الفصل الثاني

الدور الثاني ــ دور البناء أو الشباب

يبدأ هذا الدور من حين وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم سنة ١١ هـ إلى ما بعد المائة الأولى من الهجرة بقليل . وفي هذا العصر تطور الفقه ، وكان لا بد له من التطور . إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم عاش طوال حياته في شبه جزيرة العرب ، طوراً في مكة ، وآخر في المدينة المنورة ، فكان المسلمون في هذه الفترة هم العرب وحدهم ، وكانت عاداتهم وتقاليدهم هي هي ، إلا ما كان من اختلافات يسيرة بين الحياة في مكة وما والاها ، وبين الحياة في المدينة وما جاورها .

ولكن حين جاء نصر الله والفتح ، ودخل الناس في دين الله أفواجاً ، وكان عصر الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة ، انتشر الإسلام شرقاً وغرباً ، وفتح الله على المسلمين بلاد كسرى وقيصر ، والعراق والشام ومصر ، وبلدان شمالي أفريقية وغيرها ، ولكل بلدة من هذه البلدان حضارتها المتشعبة النواحي ، وعاداتها وتقاليدها وأعرافها ، وقوانينها ، فمع اختلاط العرب بأهالي هذه البلاد كثرت الحوادث، وظهرت المشاكل التي تتطلب أحكاماً ، لم يكن في المأثور من تشريعات الرسول وأحكامه وأقضيته حكم بشأنها، فدعت الضرورة والحاجة إلى اجتهاد الصحابة في شئون المال والإدارة والزراعة ، وأمور الحرب ، ووضع قواعد لحقوق المحاربين وما يؤخذ من الضرائب ممن أسلم ، وبهذا أخذ الفقه يخطو خطواته الأولى ، وبدأ يقنن في شكل أوَّلي .

وهذا الدور من التشريع يشتمل على مرحلتين متمايزتين في الخصائص والسمات التشريعية ، أما المرحلة الأولى : فهي عصر الخلفاء الراشدين الأربعة ، وتبدأ من وفاة الرسول عليه السلام، وتنتهي في سنة ٤٩ هـ ، وتبدأ المرحلة الثانية بعد ذلك وتشمل عصر صغار الصحابة والتابعين « عصر الأمويين »، وتنتهى في أوائل القرن الثاني الهجري .

المرحلة الأولى – عصر الخلفاء الراشدين

عرفنا أن الصحابة خلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد واجهوا وقائع وأحداثاً جديدة ، لم تكن في عصر النبوة ، نتيجة للفتح واختلاط العرب بغيرهم من أهل البلاد المفتوحة ، وأن ذلك جعلهم يجتهدون تأسّياً برسول الله ، واستصحاباً لإذنه لهم بالاجتهاد في عصره .

وكانت طريقتهم في هذه المرحلة أن يلجئوا إلى كتاب الله ، فإن وجدوا فيه حكم ما يريدون تمسكوا به ، وإن لم يجدوا اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستشاروا أصحابه فيما يحفظون عنه في حكم القضية ، فإن لم يكن بينهم من يحفظ حديثاً عن رسول الله في المسألة ، التجئوا إلى استعمال « الرأي » فاجتهدوا بآرائهم ، وحكموا أفهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها ، في إقامة العدل واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها .

يروى البغوي . كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به بينهم قضي به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر سنة قضي بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال : أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضي في ذلك بقضاء؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله قضاء ، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ

عن نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رءوس الناس وخيارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضي به -وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد الحكم في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء ؟ فإن وجد أبا بكر قضي فيه قضاء قضي به ، وإلا دعا رؤوس المسلمين ، فإذا اجتمعوا على شيء قضي به[1]».

وليس معنى هذا أن أبا بكر وعمر كانا لا يجتهدان في المسائل التي جدّت في أيامهما ، إن لم يجدا حكم الله في الكتاب أو الحديث ، بل كانا يجتهدان ، ويستعملان القياس ، لكنهما كانا يضيقان هذه الدائرة ، ويتشددان في الاجتهاد بالرأي ، مخافة القول على الله بلا علم وبغير الحق ، يصوّر ذلك كتاب عمر بن الخطاب لشريح بن الحارث الكندي المتوفي سنة ٨٠ وقيل سنة ٨٧ هـ حين ولاه قضاء الكوفة ، وفيه : إن جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ، ولا يلفتك عنه الرجال ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ، ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت ، إن شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخير إلا خيراً لك[1]».

ومما تجدر الإشارة إليه أن الرأي في عصر الخلفاء الراشدين كان له معنى أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص ، الذي هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه ، بأمر منصوص على حكمة لِعِلّة مشتركة جامعة بينهما ، فكان معناه كما يصوره ابن القيم « ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات[2]» كما كان الرأي عندهم على نوعين : رأي جماعي وهو اجتهاد الجماعة والمسمى بالإجماع ، ورأي فردي ، وهو اجتهاد الفرد ،

---

١ - إعلام الموقعين جـ ١ ص ٧٠ .

١ - انظر اعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٥١ ، ص ٧٠ - والفكر السامي للحجوي جـ ٢ ص ١٠ ، ١١ .

٢ - إعلام الموقعين جـ ١ ص ٦٢ .

فالرأي بهذا المعنى الواسع يشمل الاستحسان ، والاستصلاح ، والقياس وغيرها من الأدلة :

ومما سبق يتضح أن مصادر التشريع في عصر الخلفاء الراشدين هي الكتاب « القرآن» والسنة ، والرأي ، على أنهم لم يكونوا يختلفون في أن القرآن هو الأصل الأول الذي يجب الرجوع إليه والعمل بـــه ، والأخذ بما دل عليه من الأحكام الظاهرة التي لا خفاء فيها ولا تأويل ، أما الأحكام المستنبطة من القرآن ، والتي في دلالته عليها نوع خفاء فقد اختلفوا فيها تبعاً لاختلافهم في الفهـم ، وتفاوتهم في العلم بلغتهم ، إذ لم يكونوا على درجة واحدة من سعة الاطلاع والمعرفة ، كما أن منهم من كان ملازمـــاً لرسول الله ، فوقف على أسباب النزول ، ومنهم من ليس كذلك .

أما أمرهم في الأخذ بالسنة . فلم يختلفوا في أن السنة إذا ثبتت وصحت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب الأخذ بها ـ ولما كان القرآن كله قطعي الثبوت لوروده بطريق التواتر ، والسنة تختلف عنه ، لأن منها المتواتر وهو قليل ، وغير المتواتر وهو كثير ، والمتواترة مقبولة إجماعاً ، وغيرها مختلف في الأخذ بهـــا لمكان الشبهة في ثبوتها ، اختلفوا في الأخذ بالسنة غير المتواترة ، فوجدنا أبا بكر وعمر يتشددان في رواية الحديث ، والإكثار منه مخافة الوقـــوع في الكذب ، يروى الحافظ الذهبي « أن أبا بكر جمع الناس بعد وفاة رسول الله فقال : إنـكم تحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافاً ، فلا تحدثوا عن رسول الله شيئاً ، فمن سألـكم : فقـــولوا بيننا وبينـكم كتاب الله ، فاستحلوا حلاله ، وحرّموا حرامه »[1].

وكان أبو بكر لا يقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه : فقد جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله القضاء لها بميراثها ، فقال لا أعلم لـك شيئاً في

---

١ ـ تذكرة الحفاظ للذهبي ج ١ ص ٣ .

كتاب الله ، ولا أعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر لك شيئاً ، ولكن سأسأل الناس لعل عند أحد منهم علماً بذلك ، وحينئذ قام المغيرة بن شعبة فقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيها السدس ، فطلب أبو بكر من يعلم ذلك غيره ، فصدقه محمد بن مسلمه ، فقضى بذلك أبو بكر(١) .

وكذلك كان عمر يطلب ممن روى له حديثاً ، البينة على أنه سمعه من رسول الله ، فقد روى البخاري عن أبي سعيد الخدري قال: كنت جالساً في مجلس من مجالس الأنصار ، فجاء أبو موسى الأشعري فزعاً ، فقالوا ما أفزعك ؟ قال طلب عمر أن آتيه فأتيته ، فاستأذنت ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت ، فقال : ما منعك أن تأتينا ؟ . فقلت إني أتيت فسلمت على بابك ثلاثاً فلم يردوا عليّ فرجعت ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع » قال عمر : لتأتين على هذا بالبينة ، فقالوا : لا يقوم إلا أصغر القوم ، فقام أبو سعيد فشهد له ، فقال عمر لأبي موسى الأشعري : إني لم أتهمك ، ولكنه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد ظهر الإجماع في هذا العصر ، وإن كان الرأي أسبق وجوداً منه ، لأن الرأي كان معتبراً وموجوداً في عصر الرسول عليه السلام . لكن في العصر النبوي لم يكن هناك حاجة إلى وجود الإجماع ، إذ أن الرسول كان المرجع في كل الأحكام ، فلم يوجد إلا بعد وفاته .

وأكثر العلماء على أن إجماع الصحابة مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، خاصة وأنه كان ميسوراً في هذا العصر ، لأن جمهور الصحابة وخاصة المجتهدين منهم كانوا يقطنون حاضرة الخلافة « المدينة » ، فقد كان عمر بن الخطاب لا يسمح لأحد منهم بمغادرة المدينة إلى الأقطار المفتوحة إلا عند الضرورة الملحة ، التي

---

(١) المصدر السابق .

تستدعيها حاجــة الفتح . فكان اجتماع أهل الفقه والفتوى سهلاً ميسوراً ، يجتمعون فيتشاورون ، ثم يصدرون الحكم جماعياً في المسألة ، فيعتبر هذا الحكم حكماً لا يسع أحد مخالفته ، ويصير كأنه منصوص عليه في القرآن أو السنة .

وكذلك كان الصحابة **يستعملون رأيهم فيما لا نص فيه** ، ليسدوا حاجتهم في التشريع ، ومواجهة الحوادث المتجددة ، مسترشدين في ذلك بمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية .

وقد اشتهر كثير من الصحابــة بالعمل بالرأي في فتاواهم ، كأبي بكر وعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت ، وأبيّ بن كعب ومعاذ بن جبل ، وكان أجودهم رأياً وأكثرهم توسعاً في الرأي الخليفة الثــاني عمر بن الخطاب ، وأشهر من سار على طريقة عمر ، هو عبد الله بن مسعود فكان يترسم طريقة عمر ويعجب برأيه ، ولعل هذا يبين لنا السر في أن مدرسة العراق نشأت بعد ذلك العصر ، واشتهرت بالرأي وإعمال القياس ، فإن علم العراق كان مأخوذاً عن عبد الله بن مسعود .

وكان الصحابي حين يفتي برأيه واجتهاده ، لا يرى حتماً على غيره الأخــذ برأيه ، لأنه يرى احتمال اجتهاده الخطأ كما يحتمل الصواب ، وليس لأحد حمل الناس على ما فيه هذا الاحتمال ، فهذا أبو بكر الصديق يجتهد ثم يقول : هــذا رأيي ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله . وكذلك عمر : لا يرضى من كاتبه ما كتب في مسألة من المسائل : هذا ما رأى الله ورأي عمر ، فيقول له : بئسما قلت ! وأمره أن يكتب : هذا ما رأى عمر فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمن عمر ، ثم قال عمر : السنة ما سنّ الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة » .

وأيضاً روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي أن رجلاً تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، فمات قبل أن يدخل بها ، فقال عبدالله ابن مسعود (بعد أن انتظر شهراً) لها صداق مثلها لا وَكْسَ ولا شطط ، أي

(لا نقص ولا زيادة) ولما قضى بذلك قال : هذا رأيي فإن يكن صوابا فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، فقال رجل من جلسائه - بلغنا أنه معقل بن سنان الأشجعي ، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم :- قضيت ، والذي يحلف به ، بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بَرْوَع بنت واشق الأشجعية ، قال ففرح عبد الله فرحة ما فرح قبلها مثلها ، لموافقة قوله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] » .

كما أن ما يراه كبار الصحابة عندما يفتي أحدهم برأيه عن اجتهاد ، ليس ملزماً للأمة ولا حجة على الناس جميعاً ، ما دام احتماله للخطأ قائماً .

ومع هذا كله فقد كانوا يحترمون رأي بعضهم البعض ، فلا يتعصب أحدهم لرأيه ، ولا يحاول أحدهم جعل فتواه مذهباً للناس ، حتى ولو كان له ما يساعده على ذلك . يروى الطبري أن عمر بن الخطاب - أثناء خلافته - لقي رجلاً له قضيـة ، فسأله : ماذا صنعت ؟ قال قضى عليّ بكذا ، قال عمر : لو كنتُ أنا لقضيت بكذا ، قال الرجل : فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجابه عمر ، لو كنت أردُّك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت ، ولكني أردك إلى رأي ، والرأي مشترك ، ولست أدري أي الرأيين أحق عند الله »[2].

وكان الصحابي يُسَرُّ ويحمد الله تعالى إذا ظهر له أن اجتهاده وافق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك ماروى مسلم : « أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام وقبل أن يدخلها علم بوقوع الوباء بها ، فشاور المهاجرين فاختلفوا ، ثم شاور الأنصار فاختلفوا ثم شاور مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فلم يختلفوا ، وأشاروا عليه بالرجوع ، فقرر عمر الرجوع ، فقال له أبو عبيدة ، وكان عمر يكره

---

(١) انظر تاريخ التشريع للشيخ محمد الخضري ص ١٨١ .

(٢) المصدر السابق .

خلافه ، : أتفر من قدر الله ؟ قال نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله ، أرأيت لو كان لك إبل فهبطت وادياً له عدوتان « ناحيتان » إحداهما خصبة ، والأخرى جدبة ، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله ، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله ؟ فجاء عبد الرحمن بن عوف ، وكان متغيباً في بعض حاجته ، فقال : إن عندي من هذا علماً : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه » قال: فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف[1] .

أمثلة من اجتهادات الصحابة وإفتائهم بالرأي :

١ ـ مسألة الخلافة ، وهي أول مسألة اجتهدوا فيها ، حيث لم يرد في ذلك نص في كتاب الله ولا في سنة رسوله : فبينا رسول الله صلى الله عليه وسلم على سرير الموت ، وفريق من الصحابة مشتغل بتجهيزه إذ اجتمع الأنصار في سقيفة بني ساعدة يريدون أن يسندوا منصب الخلافة لسيدهم « سعد بن عباده » ، ولما دخل عليهم أبو بكر وعمر ، وعبيدة بن الجراح وخطبهم أبو بكر مبيناً أن المهاجرين أحق بها ، قال قائل من الأنصار : منا أمير ومنكم أمير ، فقال سعد: هذا والله أول الوهن ، وقال ابو بكر : إذاً والله لا يصلح سيفان في قراب واحد ، بل منا الأمراء ، ومنكم الوزراء ، وكان أن تم الأمر لأبي بكر .

٢ ـ مسألة محاربة الذين امتنعوا عن أداء الزكاة مع إقرارهم بالإسلام ، وإتيانهم الصلاة . فقد كانت مسألة جديدة لم تحدث في عهد الرسول ، فلجأ الصحابة إلى الرأي ، فقال أبو بكر نحاربهم ، وقال عمر : كيف نقاتلهم وقد قال عليه السلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها

(١) صحيح مسلم . ح ٢ ص ٢٧ ، ٢٨ من القسم الثاني .

عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » . فقال أبو بكر : ألم يقل إلا بحقها ؟ فمن حقها إيتاء الزكاة ، كما أن من حقها إقام الصلاة .

٣ – قتل الجماعة بالواحد ، فقد روى أن عمر رضي الله عنه رفعت إليه قضية رجل قتلته امرأة أبيه وخليلها ، فتردد عمر في قتل الجماعة بالواحد ، لأن كتاب الله يقول « النفس بالنفس » ، فقال علي : أرأيت يا أمير المؤمنين : لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور ، فأخذ هذا عضواً ، وهذا عضوا أكنتَ قاطعهم ؟ قال نعم ، قال : فكذلك ، فعمل عمر برأيه وكتب إلى عامله : أن اقتلهما فلو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم به » .

٤ – تضمين الصناع إذا ادّعوا هلاك ما عندهم من متاع بدون إقامة بينة على دعواهم ، فقد قال علي بتضمينهم ، ونقل عنه قوله : « لا يصلح الناسَ إلا ذاك » .

٥ – مسألة نظام الغنيمة والفيء ، فمن المعروف أن ما استولى عليه المسلمون من أرض وغيرها بقوة السلاح يكون غنيمة ، وما استولى عليه المسلمون بصلح أو بغير حرب فهو فيء ، وقد كان العمل في عهد رسول الله وأبي بكر على أن تصرف الغنيمة والفيء على وفق ما جاء في القرآن ، فكانت الغنائم تقسم أخماساً ، يكون نصيب الغانمين منها الأربعة الأخماس ، والخمس الباقي للدولة ، يوجهه الرسول أو الخليفة تبعاً لقوله تعالى : « واعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شيءٍ فأن لِله خُمُسَه وللرسُولِ ولِذِي القُرْبَى واليَتَامى والمسَاكِينَ وابن السبيلِ » (الأنفال – ٤١) . أما الفيء : فهو كله للدولة يضعه الرسول أو الخليفة في مصالح المسلمين وحاجاتهم ، لقوله تعالى : « مَا أفَاءَ اللهُ عَلى رَسُولِهِ مِنْ أهل القُرَى فَللَّهِ ولِلرسولِ ، ولذي القُربَى ، واليَتَامى ، والمسَاكِينَ ، وابن السَبيلِ كي لا يكونَ دَولةً بَينَ الأغْنِيَاءِ مِنكم » (الحشر ٨–١٠) .

فلما جاء عمر وعظمت الفتوحات وتم فتح العراق والشام وغيرهـا من

الاقطار في عهده رأي الفاروق ألا تقسم الأرض بين الفاتحين ، بل تبقى وقفاً على مصالح المسلمين عامة فتترك في أيدي أصحابها، ويضرب عليها الخراج [١] ويكون فيئاً وملكاً للدولة ، تصرفه في مصالح المسلمين مَنْ كان موجوداً حين الفتح ومن سيأتي من بعدهم ، لأن في تقسيم الأرض على الفاتحين وتمليكها إياهم حرماناً لمن بعدهم، وإخلالاً بما تقتضيه مصلحة الدولة من حماية الثغور ، وإقامة المرافق وتجهيز الجيوش ، وإدرار الرزق على الفقراء والمحتاجين ، فضلاً عما يسببه اتساع الأرض وعجز الفاتحين عن القيام برعايتها وإصلاحها من فساد ، وتفويت مصلحة الدولة .

وكان بعض الصحابة يعارض رأي عمر من بينهم عبد الرحمن بن عوف وعمار ابن ياسر ،فيرون أن يأخذ الفاتحون نصيبهم من هذه الأرض، ويقسّم عليهم أربعة أخماسها كما كان عليه الأمر في عهد الرسول وأبي بكر ، وقد اشتد الخلاف فعمد عمر إلى تحكيم عشرة من الأنصار خمسة من الأوس ، وخمسة من الخزرج ، رغبة منه في أن يشركوه في الأمانة التي حملها ، وكانت النتيجة أن أعطى المحكّمون بعد وزن كل رأي ودليله . الرأي لعمر ، ولم يَسَع المخالفون إلا الرضا به ،وكان هذا إلهاماً من الله لعمر ، وتوفيقاً للخير العام في العاجل والآجل من الزمان .

٦ – مسألة ضالة الإبل التي يقول الرسول صلى الله عليه وسلم فيها : « مالك ولها معها حِذاؤها وسقاؤها [٢] ، ترد الماء والشجر حتى يلقاها ربها » فهو إذن

---

١ - الخراج : ما يأخذه الامام والسلطان ضريبة على الأرض . وخراج الاراضي نوعان خراج مقاسمة وهو جزء معين من الخارج يوضع من الإمام على واضع اليد على الأرض كالربع او الثلث . والثاني خراج وظيفة أو موظف وهو شيء معين من النقد أو الطعام يوضع من الامام كما وضع عمر على سواد العراق لكل جريب صاعاً من بر أو شعير ودرهماً ـ وقال صاحب فتح القدير حقيقة الخراج هو خراج الأرض ، ولا يطلق على الجزية الا مقيداً فيقال خراج الرأس .

٢ ـ المراد بالحذاء والسقاء في الابل أنها لا تحتاج إلى أحد ليسقيها لما تختزنه من الماء في جوفها وأن خفها تصير كأنه حذاء تقوي به على السير وورود أماكن الكلأ والماء .

ينهي عن التقاطها، ثم كان بعد ذلك ، أن أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاطها وتعريفها ، ثم تباع ، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها ، ثم كان بعد هذا أن رأى علي رضي الله عنه التقاطها ، والإنفاق عليها من بيت المال ، حتى إذا جاء ربها أعطيت له ، وذلك لأن أثمانها لا تغني غناءها بذواتها .

٧ ــ مسألة ميراث الجد مع الأخوة ، فكان رأي أبي بكر أن الجد يحجب الإخوة فلا يرثون معه ، كما لا يرثون مع الأب بنص الكتاب والسنة ، لكن عمر رأى أن الجد ليس في الحقيقة أباً ، فهو لهذا لا يحجب الإخوة ، بل لهم معه في التركة نصيب معروف .

ولعل أبا بكر نظر إلى قول الله حاكياً عن يوسف عليه السلام: « واتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إبراهِيمَ وإسْحَاقَ ويعقُوبَ » (يوسف ــ ٣٩) مع أن يعقوب هو وحده الذي كان الأب، دون إسحاق وابراهيم إذ كانا جدين ، أما عمر فقد نظر إلى الحقيقة لا إلى المجاز .

أسباب اختلاف الصحابة في الاجتهاد :

يرجع اختلاف الصحابة في الاجتهاد إلى أمور منها :

١ ــ **الاختلاف في فهم القرآن** : فقد يكون اللفظ الوارد فيه مشتركاً بين معنيين فيحمله أحدهم على أحد المعنيين، ويحمله الآخر على المعنى الثاني لقرينة تظهر له . فاختلفوا في تفسير لفظ القرء الوارد في قوله تعالى « والمطَـلَّقاتُ يَترَبَّصْنَ بأنـفُسِهِـن ثـلاثـةَ قُرُوءٍ » (البقرة ــ ٢٢٨) . لأن اللغة تقول إن القرء هو الحيضة ، وهو الطهر أيضاً ، ولذلك ذهب ابن مسعود إلى أن عدة المطلقة لا ينتهي إلا باغتسالها من الحيضة الثالثة ، لأنه يرى أن « القرء » هو الحيضة وهذا

رأي عمر أيضاً ، ولكن زيد بن ثابت[1] ، يرى أن القرء هو الطهر ، ولهـــذا ذهب إلى أن العدة تنتهي متى دخلت المطلقة في الحيضة الثالثة ، أي تنتهي قبل الاغتسال منها .

وأحياناً يكون الاختلاف راجعاً إلى حمل اللفظ الوارد في القرآن على الحقيقة أو المجاز كما في مسألة جعل الجد أباً أو غير أب ، فيحجب الإخوة أو لا يحجبهم في الميراث .

وأحياناً يكون الاختلاف راجعاً إلى تعارض نصين عامين في القرآن . فقـد ذهب عمر وابن مسعود إلى أن الحامل المتوفي عنها زوجها تكون عدتها وضـع الحمل ، وذهب علي وابن عباس إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين « وضع الحمل » أو عدة الوفـاة أيهما أكثر ، وسبب الخلاف أن قوله تعالى « وأُولاتُ الأحْمَالِ أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ » (الطلاق ـ ٤) يدل على أن عدة الحامـــل وضع الحملِ — وقوله تعالى « والذينَ يتوفَّونَ منكم ويَذرونَ أزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بأنْفُسِهِنَّ أربعة أشْهرٍ وَعَشْراً » (البقرة — ٢٣٤) يفيد أن عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من غير تفصيل بين حامل أو غير حامل، فذهب علي وابن عباس إلى العمل بالآيتين معاً، فتكون كل آية منهما مخصصة لعموم الأخرى ، وذهب ابن مسعود إلى أن آيـة « والذينَ يُتَوَفَّونَ مِنكُمْ » خاصة بغير الحامل ، لتأخرِ آية « وأُولاتُ الأحْمَالِ » عنها في النزول .

٢ — الاختلاف في السنة :

فإن الصحابة لم يكونوا على درجة واحدة في حفظ الأحاديث ، فمنهم المقل ومنهم المكثر، ومنهم من لازم النبي ومنهم من شغله الصَّفْق في الأسواق لاكتساب العيش أو شُغِلَ بالحروب ، كما كان من بينهم من ترك رواية الحديث تورعـــاً

١ ـ صحابي جليل كان من كتاب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم توفي عام ٤٥ هـ .

واحتياطاً ، ومنهم من كان على غير علم بالنص فيجتهد ثم يظهر النص بخلاف ما رأى فيرجع عن اجتهاده ، فمن ذلك أن أبا موسى الأشعري سئل عن ميراث : بنت ، وبنت ابن ، وأخت : فأعطى البنت النصف ، والأخت النصف ،وحرم بنت الابن — فرفعت هذه المسألةإلى ابن مسعود فقال : أقضي فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « للابنة النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، وللأخت الباقي ، فلما علم بذلك أبو موسى ، رجع إلى فتوى ابن مسعود .

وقد يكون الاختلاف راجعاً إلى عدم ثقة الصحابي بالراوي ، بينما يثق به آخر فيقبل الحديث . من ذلك أن عمر بن الخطاب رد حديث فاطمة بنت قيس الذي تقول فيه «طلقني زوجي ثلاثاً فلم يفرض لي رسول الله نفقة ولا سكنى» وقال: لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا[1]» لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت أما ابن عباس وجماعة فقد قبلوا حديث فاطمة بنت قيس ، ولم يجعلوا للمبانة نفقة ولا سكنى ، وحملوا ما استدل به عمر على المطلقة رجعياً ، بدليل قوله تعالى : لَعَلَّ اللهُ يُحدِثُ بعدَ ذَلِكَ أمْراً » (الطلاق — ١) والمطلقة ثلاثاً لا رجاء فيها .

وقد يكون اختلاف الصحابة راجعاً إلى اختلافهم في فهم فعل الرسول، من من ذلك اختلافهم في الرَّمَل[2] في الطواف ، فقال بعضهم إنه سنة ، وقال البعض الآخر إنه ليس بسنة . فالأولون قالوا بسنيته لأن الرسول فعله في طوافه ،وقال المعارضون بل فعله لعارض هو قول المشركين، إن المسلمين أضعفتهم حمى يثرب « المدينة » ، فأراد الرسول بهذا الفعل إظهار القوة والنشاط للرد على مقالة المشركين، كما قد يكون الاختلاف لترك الحديث لكونه خبر الواحد إلى القياس

---

١ - يريد بكتاب ربنا قوله تعالى «لا تخرجوهن من بيوتهن »وقوله « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ».

٢ - هز الاكتاف مع تقارب الخطى .

في رأي البعض والأخذ به مع ذلك في رأي البعض الآخر[1].

٣ - **الاختلاف في الرأي** : وذلك لتفاوتهم في قوة الإدراك ، وملكة الاستنباط ومقدار وقوفهم على أسرار الشريعة ، خاصة وأن الرأي لم يكن محدداً بمقاييس خاصة ، كما أن الرأي قد يتغير باختلاف الزمن كما في مسألة ضوال الإبل « السابق إيضاحها ».

دائرة الاختلاف بين الصحابة ضيقة :

لم يتشعب الخلاف بين الصحابة ، ويرجع ذلك إلى الأمور الآتية :

١ - تيسر الإجماع في هذه المرحلة ، لأن المفتين من الصحابة وكبارهم كانوا مجتمعين في المدينة - عاصمة الخلافة آنذاك - كما أن عمر كان ينهاهم عن الخروج منها إلا بإذن منه ، وعند الحاجة الشديدة.

٢ - تمسكهم بمبدأ الشورى ، وهو من الأمور التي لا يجد الخلاف معها سبيلاً غالباً.

٣ - قلة روايتهم لأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم خوف الوقوع في الكذب ، ولهذا كانوا يتشددون في قبولها ، فأبو بكر وعمر كانا يطلبان شاهداً خلاف الراوي ، وروى عن علي قوله : كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثاً نفعني الله بما شاء منه ، وإذا حدثني عنه محدث استحلفته فإن حلف لي صدقته .

---

١ - كما في حديث معقل بن سنان . فإن الإمام علي قدم عليه القياس فقاس المتوفى عنها زوجها قبل الدخول ولم يكن قد سمى لها مهراً على المطلقة . ولم يوجب لها صداقاً .

٤ ـ قلة الحوادث الجديدة في عصرهم، وتورعهم عن الفتيا ، فقد كانوا يحيلون على بعضهم ، يقول ابن القيم « وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتيا ، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره،فإذا رأى أنها قد تعينت عليه بذل اجتهاده في معرفة حكمها من الكتاب أو السنة،أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى[1].

مميزات التشريع في هذه المرحلة :

١ ـ واقعية الفقه ، وارتباطه بالحوادث التي تقع ، وعدم افتراض وقوع حوادث ثم تقدير أحكام لها ، ويرجع هذا لغلبة الورع على الصحابة ، وضيق وقتهم ، وخوفهم من الخطأ في الاجتهاد ولهذا كانوا يحيلون على بعض .

٢ ـ قلة المسائل الخلافية، وعدم تشعب الخلاف بين الصحابة في هذه المرحلة.

٣ ـ تفاوتهم في استعمال الرأي . فقد كان من بينهم من يتحرج في الأخذ به خوف الخطأ والكذب في دين الله ؛ كعبدالله بن عمر ، وزيد بن ثابت ، وكان منهم يتوسع في الرأي وينسب الخطأ إلى نفسه : كعمر بن الخطاب ، وعبدالله بن مسعود ، وعلي بن أبي طالب ، وقد كان هذا الأمر مقدمة لتكوين مدرستي الحديث ، والرأي فيما بعد .

٤ ـ عدم تدوين الفقه فما ترك الصحابة في هذه المرحلة إلا فتاوى وأحكاماً محفوظة في الصدور ، تتناقل عنهم ، ويرجع ذلك إلى احترامهم لحرية الرأي ، وعدم إلزام أحد برأيهم ، لأنه قد يكون صواباً . وقد لا يكون ، كما أن ذلك كان مبالغة منهم في الاحتياط حتى لا يشتغل الناس بالأحكام والفتاوى عن القرآن .

---

١ ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين حـ ١ ص ٣٧ .

٥ ـ حدوث اجتهادات قائمة على المصلحة ، غيرت بعض الأحكام التي كان العمل بمقتضاها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . من ذلك : أن عمر بن الخطاب جعل الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد ثلاث طلقات ، تبين به الزوجة بينـوية كبرى[١] ، فليس للزوج أن يسترجعها بعده لعصمته حتى تتزوج غيره ويدخل بها ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه ، وقال في ذلك « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم » فأمضاه عليهم ، عقوبة لهم على إسراعهم في الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله[٢] ـ وهذا الصنيـع من عمر كان جديداً لأن الأمر في عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية .

كذلك حرم عمر المؤلفة قلوبهم الموجودين في عهده ما كانوا يتناولونه من بيت المال من راتب ، مع أن سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن ، وقد كان هؤلاء الأشخاص يأخذون هذا السهم منذ عهد الرسول ، ولكن عمر نظر إلى علة النص لا إلى ظاهره ، فقد كانت علة إعطائهم هي تأليف قلوبهم ، واتقاء شرهم عندما كان الإسلام ضعيفاً ، فلمـــا قويت شوكة الإسلام زال الداعي إلى إعطائهم[٣] .

---

١ ـ البينونة نوعان صغرى ، وكبرى . فالصغرى يجوز للزوج أن يرجع زوجته اليه بعقد ومهر جديدين برضاها واذنها ، والكبرى لا يجوز له ذلك إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر .

٢ ـ خالف عمر كثير من الصحابة فيما ذهب اليه كعلي وأبي موسى الاشعري والزبير بن العوام وعبدالله بن عباس (اعلام الموقعين حـ ٣ ص ٢٥ ـ ومما يذكر هنا أن المحاكم الشرعية في مصر حسب قانونها الجديد المعمول به الان على خلاف رأي عمر . تيسيراً على الناس .

٣ ـ ليس معنى ذلك ان عمر أبطل أو عطل نصاً قرآنياً آمراً . لكنه رأى أن هـؤلاء الأشخاص كانوا يعطون لاحتياج دعوة الاسلام الى ترغيبهم وتأييدهم . فلما استتب الأمر للدين لم يكن في حاجة اليهم . فعمر انما حبس العطاء عن هؤلاء الأشخاص بأعيانهم . أما سهم التأليف والترغيب فحكمه باق لم يتوقف . فإذا تجددت الحاجة فإنه يصرف (المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقـا ص ١٣٦) .

كذلك حَتَّم عمر على محمد بن مسلمة أن يمر خليج جاره في أرضه ، لأن المرور ينفع الطرفين ولا يضر محمداً في شيء .

وأيضاً حَرَّم عمر على من تزوج امرأة في عدتها أن يتزوج بها مرة أخرى بعد التفريق بينهما زجراً له .

المرحلة الثانية ـ عصر صغار الصحابة والتابعين

« عصر الأمويين »

تبتدىء هذه المرحلة من ولاية معاوية بن أبي سفيان سنة ٤١ هـ . إلى الوقت التي ظهرت فيه عوارض الضعف على الدولة الأموية أي في أوائل القرن الثاني الهجري . وعلى الرغم من أن العام الحادي والأربعين قد سمي بعام الجماعة ، لأن كلمة المسلمين اجتمعت على خلافة معاوية بعد نزول الحسين بن علي رضي الله عنه له عن الخلافة ، وبهذا النزول ابتدأت دولة بني أمية ، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود طوائف تضمر الخلاف والكيد لمعاوية ، مثل الخوارج والشيعة ، فكان المسلمون بسبب الاختلاف في الخلافة ثلاث طوائف : خوارج ، وشيعة ، وجمهور .

١ ـ **فالخوارج** : جماعة ظهرت في جيش علي ، نقمت على التحكيم ، ولا يرون انحصار الخلافة في أسرة خاصة ، أو بيت معين ، بل الخليفة هو من يكون الأصلح لإمامة المسلمين وتولى أمورهم ، ويبرأون من عثمان وعلي ومعاوية ، فالأول لمخالفته سياسة الشيخين ، وحد به على أهل بيته ورفع أقدارهم ، والأثرة بحقوق الشعب ـ والثاني لرضاه بالتحكيم بينه وبين مخالفيه ـ والثالث لاستيلائه على الأمر بالقوة ـ ويظهر أنهم سموا بالخوارج لخروجهم على الإمام علي كرم الله وجهه ، ثم سموا أنفسهم بالشُّراه في العصر الأموي ، كأنما يقصدون أنهم شروا

أنفسهم وباعوها في سبيل الله ، ومذهبهم تكفير مرتكب الكبيرة ، والقول بخلوده في النار[١] ، وتكفير المخالفين لهم ، ووجوب الخروج على السلطان الجائر[٢] ، ومن آرائهم في الإمامة : أن الخليفة لا يُنصَّب إماماً إلا بانتخاب حر صحيح يقوم به عامة المسلمين، ومتى حاد عن إقامة الشرع قتل أو عزل[٣]. وأن الخلافة في البيوت جميعاً ، ليست لقريش دون سائر القبائل ، ولا للعربي دون الأعجمي ، فالجميع فيها سواء ، وتطبيقاً لهذا المبدأ اختاروا عبدالله بن وهب الراسبي أميراً للمؤمنين ولم يكن قرشياً[٤] — ومن مبادئهم عدم رجم الزاني المحصن ، وعدم حرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها .

وقد تعددت فرق الخوارج حتى أحصاها بعضهم نحواً من عشرين ، وأشهر فرقهم خمس كبرى: الأزارقة : أتباع نافع بن الأزرق — والصفرية : أتباع زياد الأصفر ، والنجدات: أتباع نجدةبن عطية بن عامرالحنفي — والبَيْهَسِيَّة أتباع أبي بيهس هيجم بن جابر ، والإباضية : أتباع عبدالله بن إباض المري ، ولا تزال من الفرقة الأخيرة بقية حتى اليوم في عُمَان ، والجزائر ، وشرقي أفريقية[٥] .

٢ — **الشيعة**: وهم جماعة من المسلمين تشيعوا لآل بيت الرسول ، فلم يكونوا يرون الخلافة حقاً إلا لعلي رضي الله عنه وآل بيته ، لما يروونه من أن الرسول صلى الله عليه وسلم أوصى بالخلافة له من بعده ، ومن ثم يكون من سلبهم هذا الحق ظالماً لا تصح ولايته ، ونتيجة لذلك لم يعترفوا بخلافة الأمويين ، وجوزوا الخروج عليهم إذا واتتهم الفرصة .وهم فرق أشهرها الإمامية والزيدية والكيسانية.

---

١ ـ مقالات الاسلاميين حـ ١/ ١٦٢ .
٢ ـ انظر الفرق بين الفرق للبغدادي ص ٥٥ .
٣ ـ المذاهب الإسلامية ص ١٠٥ .
٤ ـ انظر الكامل لابن الأثير حـ ٣ ص ١٣٤.
٥ ـ النظم الإسلامية للدكتور صبحي الصالح ص ١٣٢ .

فالإمامية هم الذين يرون ان الخلافة بعد الحسين رضي الله عنه لعلي زين العابدين.. ثم ، ثم ... لمحمد بن الحسن العسكري ، الإمام الثاني عشر الذي اعتقدوا أنه دخل سرداباً في دار أبية بسر من رأي بالعراق ، ولم يعد بعد ، وسوف يرجع في زمن لا يعلمه إلا الله ، ليحكم الناس بالعدل ، كما حكمهم جده الرسول الأمين ، كما يتفقون على أن النبي صلى الله عليه وسلم عين علياً للإمامة بشخصه تعييناً ظاهراً يقيناً ، ثم عين علي الأئمة من بعده بوصية من النبي عليه السلام ، فلم يعرف علي والإئمة من بعده بالوصف ، بل عُينوا جميعاً بأشخاصهم . كما يقولون إن نصب الإمام واجب على الله سبحانه ، وبعصمة الأنبياء جميعاً من الكبائر قبل النبوة وبعدها ، ومما يستخف فعله من الصغائر كلها ، وأن الإمام معصوم ظاهراً وباطناً قبل أن يكون إماماً ، وبعد أن ينصب إماماً[1] ، وأن المعجزات وخوارق العادات قد تجري على يد الإمام مثلما تجري على يد النبي ، وأن الإمام في كل قضية شرعية له فيها حكم ، وأنه قد أحاط بكل شيء علماً . فكلامه شرع في شئون الدين ، ولناعودة لإكمال الكلام عنهم في المذاهب الفقهية .

الزيدية : أتباع زيد بن علي بن الحسين بن أبي طالب رضي الله عنه ، ولم يدع زيد الإمامة لنفسه ، وإنما خرج للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لكن شيعة الكوفة لما رأوا رأيه في الثورة على الأمويين قالوا بإمامته – ولم يكن لزيد نفسه رأي شخصي في الإمامة يخالف رأي الشيعة ، وإنما كان يجوز إمامة المفضول مع قيام الأفضل ، ويقول إن علياً هو أفضل الصحابة على الاطلاق ، لا ينازع في ذلك إلا مكابر ، إلا أن الخلافة حيث فوضت إلى أبي بكر إنما فوضت لمصلحة المسلمين ، وأرادوا بها تسكين ثائرة الفتنة ، فكانت المصلحة أن يقوم بهذا الشأن من عرفوا فيه اللين والتؤدة والتقدم بالسن والسابقة في الاسلام – وانقسمت الزيدية إلى عدد

---

١ ـ تلخيص الشافعي للطوسي ص ٣١٩ .

من الفرق أهمها الجارودية والسليمانية والكيسانية وهي أول فرقة شيعية اتسمت بأكثر ملامح التشيع، وهم أصحاب كيسان مولى أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه، وقد ألف جماعته بعد استشهاد الحسين رضي الله عنه، فطفق يدعو أنصار البيت النبوي للالتفاف حول محمد بن علي المعروف بابن الحنفية[1] بعد استشهاد أخويه الحسن والحسين، وقد غالت هذه الفرقة في تصوير شخصية ابن الحنفية وأحاطوه بضرب من التقديس، وقالوا بالرجعة أي رجعة محمد بن الحنفية الذي لم يُصدّق القوم أنه مات، وأنه سوف يظهر في زمن لا يعلمه إلا الله، ليحكم بالحق كما حكم جده الرسول الأمين.

٣ – **الجمهور المعتدل**: وهم الذين عرفوا بأهل السنة والجماعة، والذين لم يخرجوا ولم يتشيعوا، وواضح أن السبب الأول لهذا الإنقسام هو الاختلاف في الخلافة. وكان لهذا أثره في الفقه، فإن الخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث إلا ما رواه رجالاتهم، وكذلك الشيعة – أما جمهور المسلمين فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبتت صحتها، مهما كان في أسانيدها من رجال الفرق الأخرى، متى كانوا ثقاة.

على أن الاختلاف وإن لم يكن في العقيدة الدينية، إلا أنه أدى إلى اختلاف في كثير من الفروع الفقهية التي تتعلق بناحية السياسة والحكم، فإن كل طائفة انتصرت لما جنحت اليه من المبادىء، مما أدى إلى الاضطراب الفكري الذي تأثر به الفقه، وتشعبت بسببه الخلافات. وهناك أمور أخرى لها تأثير كبير في حياة المسلمين التشريعية، وفي سير الفقه الإسلامي نذكر منها.

اولاً: تفرق الصحابة في الامصار:

فقد كان لكثرة الفتوح الإسلامية في زمن عثمان، واتساع الأمصار أن تفرق

---

١ ـ عرف بابن الحنفية نسبة الى زوجة علي رضي الله عنه الثانية وهي خوله التي كانت من بني حنيفة.

الصحابة وغيرهم من التابعين في البلدان المختلفة ، ولم يحدث ذلك زمن عمر ، لأنه كان يحجر على كبار الصحابة الخروج ، ويمنعهم من ترك مدينة الرسول إلا لحاجة شديدة ، وذلك مخافة افتتان الناس بهم ، أو افتتانهم بالدنيا الواسعة التي أفاء الله على المسلمين، ولكونهم أهل شوراه.. وحين تفرق هؤلاء في الأمصار المفتوحة حكاماً ومعلمين وجنداً ، أقبل عليهم أهل البلاد المفتوحة ، يستفتونهم عن حكم النوازل ، ويتعلمون منهم أمور الدين الجديد ، ويأخذون عنهم كثيراً مما كانوا حفظوه من سنة رسول الله ، وأقضية أبي بكر وعمر .

لكن هؤلاء الصحابة لم يكونوا في درجة واحدة في العلم، والفهم، والاستنباط، ولم يكونوا مستوين فيما حفظوه عن الرسول ، كما أنه قد يصح من الأحاديث عند بعضهم ما لا يصح عند الآخرين . وكان لكل قطر عاداته وتقاليده ، ونظمه الاجتماعية والاقتصادية . فنتج عن ذلك كله تشعب الآراء ، واختلاف القضاء والفتيا في المسألة الواحدة .

ثانياً : انصراف بعض خلفاء الدولة الأمويين وأمرائها عن سنة السلف الصالح .

فقد ابتعد الأمويون عن الدين ، وحرصوا على أمور الدولة السياسية ، ولم يترسموا سنة رسول الله والخلفاء الراشدين في حياتهم الدينية والاجتماعية والتشريعية ، بل حكّموا فهمهم واجتهادهم في أمور التشريع ، واعتدوا في حياتهم وتصرفاتهم بآرائهم وتفكيرهم الشخصي ، بعد أن جعلوا من خلافة المسلمين مُلكاً عضوضاً لهم ولأسرتهم ، بما ابتدعوه من نظام « ولاية العهد » الذي لم يعرفه الإسلام من قبل .

ومن الأمثلة الدالة على هذه النزعة : ما روى النسائي : أن مروان كتب إلى أسَيْد بن حُضير الأنصاري ، وكان عاملاً على اليمامة ، أن معاوية كتب إليه :

بأن من سُرِق منه متاع فهو أحق به من حيث وجده ، فكتب أسيد إليه : بأن النبي قضي : بأن من ابتاع متاعاً مسروقاً، وكان غير متهم ، كان صاحبه بالخيار بين أخذه من المشتري بثمنه ، وبين الرجوع على السارق ، ثم قضي بذلك أيضاً أبو بكر وعمر وعثمان – فبعث مروان بهذا الكتاب إلى معاوية ، فكتب معاوية إلى مروان : إنك لست أنت ولا أسَيْد تقضيان عليّ ، ولكني أقضي عليكما ، قال أسَيْد حين علم بذلك : لا أقضي – ما وليت – بما قال معاوية[1] – وكان سعيد بن المسيب يقول : قاتل الله فلاناً – يعني معاوية – كان أول من غيَّر قضاء رسول الله، وقد قال : « الولد للفراش، وللعاهر الحجر » – لأن معاوية استلحق زياد بن أبيه وأقر بأخوته له، نازعاً في هذا إلى عرف الجاهلية ،ومستجيباً لعوامل سياسية ، على حين أن الشريعة لا تبيح ذلك .

وقد أدي مسلك الأمويين وعمالهم إلى اتجاه الصفوة من أصحاب رسول الله والتابعين إلى معارضة الحكام ، ونقد تصرفاتهم ، وعدم مبايعتهم في بعض الأحيان ، مما أغضب الحكام على العلماء ، فأخذوا في اضطهادهم ، ومعاملتهم بالقسوة ، كما صنع الحجاج مع أنس بن مالك ، وسعيد بن جبير ، وكما فعل عبد الملك بن مروان مع سعيد بن المسيب .

وقد نتج عن ذلك اعتزال العلماء من الصحابة والتابعين ، واتجهوا إلى تأسيس علم الفقه الذي يقوم على الكتاب والسنة . وكان هذا بدء سير الفقه في الاتجاه النظري .

ثالثاً : شيوع رواية الأحاديث :

قدمنا أن أبا بكر كان لا يحب كثرة الرواية عن رسول الله صلى عليه وسلم[2]،

---

١ ـ الفكر السامي للحجوي حـ ٢ ص ٤٩ .

٢ ـ قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: جمع أبي الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم،=

وأن عمر كان أشد منه في ذلك، خوفاً من الكذب على الرسول عليه السلام، وحتى لا ينصرف الصحابة عن القرآن باشتغالهم بالرواية، لكن لما اتسعت رقعة البلاد الإسلامية، وتفرق الصحابة في الأمصار المفتوحة، لجأ الناس في الأمصار إليهم للتعرف على حكم ما جَدّ للناس من حوادث ونوازل. فأخذ هؤلاء الفقهاء يفتون ويحدثون بما عندهم من سنة رسول الله، ولم يكن هؤلاء المفتون على درجة واحدة فيما حفظوا من الأحاديث، بل كان منهم المقل ومنهم المكثر. تبعاً لطول صحبتهم للرسول، أو قلتها، وتبعاً لكثرة الملازمة للرسول، وتوفر الدواعي لالتماس الحديث وعدم ذلك، وكان من أثر اختلافهم في العلم بالسنة أن بعض الأمصار كان يعرف من الحديث ما لم يعرفه الآخر، وقد ترتب على ذلك الاختلاف في في القضاء والفتوى.

ولأصحاب الفتوى من هذا العصر عدد عظيم من الأحاديث، فمسند أبي هريرة مثلاً يقع في ٣١٣ ص (من مسند أحمد بن حنبل) - ويقع مسند عبدالله بن عمر في ١٥٦ ص على حين أن مسند أبي بكر مكتوب في ١٤ ص - ومسند عمر مكتوب في ٤١ ص، ومسند علي مكتوب في ٨٥ ص - وكانت الصحابة موزعة على النحو الآتي: في مكة عبد الله بن عباس، وفي المدينة عبدالله بن عمر، وعائشة أم المؤمنين، وأبو هريرة، وبمصر عبدالله بن عمرو بن العاص، وبالبصرة أنس ابن مالك، وبالكوفة أبو موسى الأشعري، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود.

وقد كان للتفرق السياسي، والتفرق المادي وكثرة رواية الحديث مع اختصاص كل قطر بمحدثين أثر كبير في الاختلاف في الفتوى، فقد كان للشيعة

= وكانت خمسمائة حديث، فبات يتقلب كثيراً، قالت. فغمني، فقلت: اتتقلب لشكوى أو لشيء بلغك؟ فلما أصبح قال. أي بنية، هلمي الأحاديث التي عندك، فجئت بها، فدعا بنار فحرقها فقلت. لم أحرقتها؟ قال، خشيت أن أموت وهي عندي، فيكون فيها أحاديث عن رجل قد ائتمنه ووثقت به، ولم يكن كما حدثني، فأكون قد نقلت ذاك (أنظر تذكره الحفاظ ج١ ص٥).

فتاوى ، وللخوارج فتاوى ، ولسائر الأمة فتاوى . وهذه يختلف بعضها عن بعض .

رابعاً : وضع الحديث :

وقد ظهر في هذا العصر ما كان يخافه أبو بكر وعمر من الكذب في الحديث ، والكاذبون كما نقل عن القاضي عياض : ضربان : أحدهما ضرب عرفوا بالكذب في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم أنواع : منهم من يضع على الرسول إما ترفعاً واستخفافاً كالزنادقة وأشباههم ، وإما حسبةً بزعمهم وتديناً كجهلة المتعبدين الذين وضعوا أحاديث في الفضائل والرغائب ، فقد روى عن نوح بن أبي مريم : أنه وضع أحاديث في فضائل القرآن سورة سورة ، فلما سئل في ذلك قال : لما رأيت اشتغال الناس بفقه أبي حنيفة ومغازي في ابن إسحاق ، وأعرضوا عن حفظ القرآن ، وضعت الأحاديث حسبة لله تعالى ، وإما إغراباً وسمعة كفسقة المحدثين ، وإما تعصباً واحتجاجاً لمذهب فإن بعض الفرق الإسلامية جعلهم الاختلاف السياسي والتعصب لمذهبهم يستحبون لأنفسهم أن يؤيدوا ما عندهم من الآراء ، بأحاديث يروونها كذباً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

كما كانت العداوة الدينية من الأمور التي جعلت بعض اليهود والفرس والروم الذين غلبوا على أمرهم ، يعملون جاهدين في إفساد أمر المسلمين ، وبلبلة أفكارهم فوضعوا أحاديث تحرم الحلال وتحل الحرام .

وكان من أسباب الوضع أيضاً ، أن بعض الطوائف تغالي في رد ما عدا الكتاب والسنة ، فدعا بعض الوضاعين إلى أن يعمد إلى كلام الصحابة وغيرهم من الحكماء فينسبها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ومن رحمة الله تعالى بالسنة أنه حين أخذت هذه الظاهرة ، ظاهرة وضع

الحديث تشكل خطراً، نهض العلماء لمقاومتها ، وبحثوا عن الأحاديث الزائفة ، وبذلوا كل ما في طاقتهم للكشف عما دسوه على الناس من الأحاديث ، وحذروا من اتباعها ، ولم يقبلوا شيئاً حدث به هؤلاء الوضاعون، بل وضعوا شروطاً تغلق باب قبول شيء من تلك الأحاديث الموضوعة ، وتكشف عن زيفها ، وقد كان لوجود الوضع في الحديث تأثير كبير في الإفتاء، كما كان عقبة كأداء في سبيل مهمة الفقيه . إذ أصبح لزاماً على المجتهد لاستنباط حكم من السنة أن يبحث أولاً في الحديث ، ويتعرف على منزلته صحة وضعفاً ، بعد أن كان الأمر مقصوراً على الإحاطة بمعنى الحديث فقط، ولهذا فإن الورعين من العلماء بالكتاب والسنة، لما رأوا كثرة رواية الحديث عن الرسول ، والكذب عليه أحياناً ، لجأوا في معرفة أحكام الله الشرعية إلى اجتهادهم الخاص في فهم القرآن ، والثابت صحته لهم من الحديث ، فكثر لهذا السبب الخلاف في الرأي الفقهي ، وتعددت الفتاوى في المسألة الواحدة[1].

خامساً : ظهور نزعتي الرأي والحديث ووجود أنصار لكل من المبدأين :

أسلفنا أن كبار الصحابة كانوا في المرحلة الأولى يستندون في فتواهم الى كتاب الله أولاً، ثم إلى سنة رسوله ثانياً ، ثم إذا أعجزهم ذلك، فإنهم كانوا يفتون بالرأي وهو القياس بأوسع معانيه ، وما كانوا يميلون إلى الرأي إلا للضرورة ، فلا يتوسعون في الأخذ به ، مخافة القول بلا علم وتثبت، في شريعة الله ، ولهذا وجد منهم من ذم الرأي ، والأخذ به ومنهم من جعله محموداً ، ومن الواضح أن الرأي الذي ذموه ليس الذي عملوا به ، فالمذموم إنما هو اتباع الهوى في الفتوى مع عدم الاستناد إلى أصل من الدين يرجع إليه ، أما الرأي المحمود فهو ما بينه

---

١ ـ ومن هنا لاحظ جولد تسيهر المستشرق المعروف أن الشك في الحديث كان من عوامل ظهور الرأي في الفقه . أنظر العقيدة والشريعة في الاسلام ترجمة الدكتور محمد يوسف موسى وآخرين ص ٤٧ .

عمر لقاضيه بقوله : « أعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك » .

فلما ذهب كبار الصحابة ، وجاء الخلف من بعدهم ، وجد منهم من احتذى حذو أكثر الصحابة في الوقوف عند الفتوى على القرآن والحديث لا يتعداهما ، وهؤلاء سموا بأهل الحديث فكانوا يفتون في كل مسألة بما يجدونه في أحدهما ، فليست هناك روابط تربط المسائل بعضها ببعض ، بينما وجد فريق آخر يذهب إلى أن شريعة الله معقولة المعنى ، ولها مقاصد يجب رعايتها ، وأصول يجب الرجوع إليها ، ولم يلحق الرسول بالرفيق الأعلى حتى بَيَّن ذلك كله ، فكانوا يرون العمل بالكتاب والسنة ما وجدوا إلى ذلك سبيلاً ، فإن لم يجدوا فيهما نصاً فلا يحجمون عن الفتوى بالرأي ، والبحث عن علل الأحكام ، وربط المسائل بعضها ببعض ، وهؤلاء سموا بأهل الرأي .

والحق أن كل فريق ورث علم السابقين عليه ، ولهذا وجدنا أن أهل الحجاز كان يدور مذهبهم حول مذهب ابن عمر ، وزيد بن ثابت ، والزبير بن العوام ، وعبدالله بن عمرو بن العاص ، وهؤلاء الصحابة قد وقفوا عند النصوص ، وما كانوا يلجأون إلى الرأي إلا عند الضرورة ، ولهذا نشأت مدرسة الحديث في الحجاز. وكانت تسمى مدرسة المدينة .

وكذلك كان الحال بالنسبة للفريق الآخر بالعراق ، فقد ورث فقهاؤه الأخذ بالرأي عن عبدالله بن مسعود الذي سلك مسلك عمر في الأخذ بالرأي والتوسع فيه ، ومبدأهم هو: أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وقد نشأت مدرسة الرأي بالعراق ، وكانت تسمى مدرسة الكوفة ، ونوضح الكلام عن كل مدرسة من هاتين المدرستين .

١ ــ مدرسة الحديث :

لاعجب أن تنشأ هذه المدرسة في الحجاز ، وفي ربوع المدينة بالذات ، لأن المدينة

دار الهجرة ومهبط الوحي ، وموطن نزول التشريع ، وفيها تكونت سنة الرسول ، وقضى فيها الخلفاء الراشدون الشطر الأكبر من خلافتهم ، وكانت قبلتهم السنة باعتبارها مكملاً للقرآن ، وباعتبارها نصوصاً تعبد بها الشارع الاسلامي كل من دان بالإسلام ، من غير نظر إلى علل راعاها في تشريعه ، ولا أصول خاصة بالأبواب المختلفة ، فكانوا اذا لم يجدوا في المسألة نصاً سكتوا ولم يفتوا ، وكان إمام هذه المدرسة سعيد بن المسيب ، رأس علماء التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة[1] الذي عكفوا على جمع أحاديث الرسول ، وما أثر عن الصحابة ، وقد جمعوا فتاوى أبي بكر وعمر وعثمان ، وأحكامهم ، وفتاوى عليّ قبل الخلافة ، وعائشة ، وابن عباس وابن عمر ، وزيد بن ثابت ، وأبي هريرة ، وحفظوا كثيراً من هذه المجموعة . ورأوا بعد هذا أنهم في غنية عن استعمال الرأي . وقد تفرع عن هذه المدرسة مذهب المالكية ، والشافعية والحنابلة ، ومذهب الظاهرية — أتباع داود بن علي ، وهم الذين يتمسكون بالظاهر من القرآن والحديث .

والسر في وقوف هذه المدرسة عند النصوص يرجع إلى أمرين :

١ — التأثر الشديد بطريقة الصحابي الجليل عبدالله بن عمر » المقل من استعمال الرأي ، والمتعلق بالآثار ، والمتخوف من الأخذ بالقياس .

٢ — قلة ما يعرض لهم من حوادث لم يكن لها نظير في عهد الصحابة مع كثرة ما عندهم من الأحاديث والآثار .

أما خصائص هذه المدرسة فهي :

أ — التساهل في شروط قبول الأحاديث ، والاعتداد بالحديث مهما كان ولو ضعيفاً ، وتقديم الحديث ولو آحاديا على الرأي .

---

١ - هم سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، وعروة بن الزبير ، وخارجة بن زيد ، وعبدالله ابن عتبة ، وأبي بكر بن عبد الرحمن ، والقاسم بن محمد :

ب ـ الكراهية الشديدة للسؤال عن المسائل الفرضية التي تقع ، حيث إن ذلك كان يضطرهم إلى استعمال الرأي الذي يبغضون مباشرته .

٢ ـ مدرسة الرأي :

وتسمى مدرسة العراق ، أو مدرسة الكوفة لأنها نشأت بها، وكان إمام هذه المدرسة هو عبدالله بن مسعود، الذي تخرج على يديه تلاميذها ، وأشهرهم علقمة ابن قيس ، وقد أخذ عن علقمة إبراهيم النخعي حامل لواء أهل الرأي ، والمؤسس لطريقتهم في هذا الدور، وشيخ أبي حنيفة ، وكانت لهذه المدرسة قيمة فقهية عظيمة ، وإن لم تكن مثل مدرسة الحديث في الشهرة ، والمركز الممتاز بين المسلمين .

وكان شعار فقهاء هذه المدرسة أن أحكام الشرع معقولة المعنى، ومعللة بعلل، فكانت طريقتهم تقوم على البحث عن علل الأحكام ، ثم يربطون الحكم بالعلة متى وجدت ، وينفونه متى عدمت ، وربما يردون بعض الأحاديث الضعيفة التي لم تثبت لديهم ، لمخالفتها تلك العلل ، أو إذا وجدوا لها معارضاً .

فهؤلاء رأوا أن الشريعة معقولة المعنى مبنية على أصول عامة نطق بها القرآن الكريم وأيدتها السنة . ورأوا أن لكل باب من أبواب الفقه أصولا أخذوها من الكتاب والسنة ، فردوا إليها جميع المسائل التي تكون منها لم يكن فيها نص . على أنهم بالنسبة إلى السنة كأهل الحديث متى وثقوا من صحتها وإن كانوا لا يستكثرون من روايتها ، ثقة بما عندهم من الأصول .

فإذا رأوا ما يخالف تلك الأصول في السنة، وثبت عندهم ذلك لم يتأخروا عن العمل به ، وإذ ذاك يسمونه استحساناً . بل إنهم تارة يتركون القياس على أصل من الأصول المعينة في الباب إلى الأصول العامة . ويسمونه أيضاً استحساناً .

والسبب في شيوع الرأي في العراق ، أن العراق لم تكن فيه الأحاديث بالكثرة التي كانت في المدينة ، كما كانوا لا يقبلون ما يروى لهم إلا بعد **توفر** شروط كثيرة ، أضف إلى هذا أن العراق كان موطن الخوارج والشيعة ، والإكثار من وضع الحديث . كذلك كان قطراً مُمُدَّنا تأثر بحضارات الفرس واليونان ، والمدنية تضع تحت عين المشرع مسائل كثيرة تحتاج إلى أحكام ، فمع قلة ما وصل إليهم من الحديث ، كان لا بد من إعمال الرأي .

أما خصائص هذه المدرسة عن سابقتها فأمران :

أ — كثرة التفريع للمسائل . والاندفاع وراء الفروض ، فأكثروا من قول : أرأيت لو كان كذا ، حتى سماهم أهل الحديث « الأرأيتيين » ، ولعل الذي دفعهم إلى ذلك أول الأمر ، هو كثرة ما يعرض لهم من الحوادث ، التي هي نتيجة حتمية للمدنية .

ب — عدم الخوف من الفتوى ، وعدم كراهيتهم المسألة ، ولقلة روايتهم الحديث بسبب اشتراطهم فيه شروطاً لا يسلم معها إلا القليل ، فكانوا يهابون رواية الأحاديث ، والرفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهذا ابن مسعود كان إذا حدث عن رسول الله تَرَبَّدَ وجهه ، واعترته رعدة شديدة — ويقول بعد أن يروي الحديث : هكذا أو نحوه .

وإن الذي يتتبع مراجع الفقه ، يرى بوضوح كثرة الاختلافات في الأحكام الفقهية بين أهل الرأي والحديث ، وأنها كانت نتيجة اختلافهم في الأصول التي يرجعون إليها في التشريع .

ومما تجدر الإشارة إليه أن أصحاب الرأي لا يقدِّمون العمل بالرأي على

العمل بالسنة الصحيحة الثابتة [1] ، كما أنه كان من بين أهل الحديث من يميل إلى الرأي ، كربيعة بن فروخ[2] شيخ الإمام مالك الذي كان يسمى «ربيعة الرأي» من كثرة استعماله الرأي ، وأيضاً كان من العراقيين من يكره الرأي كالشعبي[3] ، فإنه كان يقول : ما جاءكم به هؤلاء من أصحاب رسول الله فخذوه ، وما كان من رأيهم فاطرحوه في الحَشّ .. كما كان يقول: لا تجالس أصحاب القياس، فتحل حراماً أو تحرم حلالاً .

صورة من خلاف المدرستين :

روى الإمام مالك في الموطأ أن ربيعة بن عبدالرحمن ، أو ربيعة الرأي قال : سألت سعيد بن المسيب : كم أصبع في المرأة ؟ قال : عشر من الإبل ، فقلت : كم في إصبعين ؟ قال : عشرون من الإبل ، فقلت : كم في ثلاث ؟ فقال : ثلاثون من الإبل ، فقلت : كم في أربع ؟ قال : عشرون من الإبل ، فقلت : حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها ! فقال سعيد : أعراقي أنت ؟ فقلت : بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، فقال سعيد : هي السنة يا ابن أخي [4] .

« يريد ابن المسيب بقوله « أعراقي أنت » التنبيه على ضعف حجة ربيعة ، فإن أهل العراق كانوا عند أهل المدينة موصوفين بالتقصير عن درجتهم ،

---

١ ـ يقول الامام الشافعي : أجمع المسلمون على أن من استبانت له سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يدعها لقول أحد ، وما يخال من مخالفتهم للسنة فعذرهم فيه أنه لم يصلهم الحديث، أو وصلهم ولم يثقوا به لضعف راويه ، أو لوجود قادح آخر لا يراه غيرهم قادحا ، أو لأنه ثبت عندهم حديث آخر معارض لما أخذ به غيرهم .

٢ ـ هو ربيعة بن ابي عبدالرحمن فروخ ابو عثمان المدني،عالم أهل المدينة ، توفي عام ١٣٦هـ.

٣ ـ هو ابو عمرو عامر بن شراحبيل الهمداني المتوفي عام ١٠٤ هـ .

٤ ـ الموطأ جـ ٢ ص ١٨٦ والمحلي لابن حزم جـ ١٠ ص ٤٤٠ .

وبالبحث عن المسائل والتنقير عنها ، والاعتراض عليهـا بالحجج الضعيفة ، ولم يكن لديهم من الأصول « يريد السنة والآثار ونحوها من أقاويل الصحابة » ما كان عند أهل المدينة [١].

ففي هذا المثال نرى أن الحوار قد قام على مقدار تمسك ابن المسيب بالسنة ، ومقدار جنوح ربيعة إلى إعمال الرأي ، للوصول إلى حكم يحقق العدالة في رأيه ، ويتناسب فيه الضرر مع العوض .

الفصل الثالث

دور النضج الفقهي وظهور المذاهب

كان هذا الدور من أهم أدوار الفقه ، فقد استمر نحـو مائتين وخمسين عاما ، وبدأ في أوائـــل القرن الثاني الهجري ، واستمر إلى منتصف القرن الرابـع ، وقد تضخم الفقه في هذا العصر ، ونهض نهضة عظيمة ، واتسعت دائرته ، وحقاً كان لقيام العباسيين بالخلافة ، ورعايتهم للعلماء أثر كبير في حياة الفقه والتشريـع ، وعامل قوي من عوامل ازدهاره وتطوره ، ففي هذا الدور بدأ تدوين السنة ، وظهرت مذاهب الفقه على اختلافها ، مـا اندثر منهـا وذهب مع الزمن ، وما كتب له الخلود حتى اليوم ، وسنتحدث عنها في باب مستقل :

وتشير إلى أهم الخصائص التي تميز بها هذا الدور والتي كان لها أثر كبير في النهضة الفقهية ، ونجملها فيما يأتي :

---

٥ ـ راجع المنتفي شرح الباجي على الموطأ حـ ٧ ص ٩٢ .

أولا : قيام الدولة العباسية :

ففي سنة ١٣٢ هـ قامت الدولة العباسية ، بعد سقوط الدولة الأموية ، وكان أول خلفائها أبو العباس الملقب بالسفاح ، لكثرة ما تسبب في إراقة دماء خصومه ، ويعتبر قيام الدولة العباسية من الأحداث العظيمة بالنسبة للفقه والتشريع ، لأنها قامت باسم الدين وحماية الدين ، فلم يكونوا كسابقيهم من الأمويين في اضطهاد الفقهاء ، بل إنهم عنوا بالحياة الدينية ، وعملوا على أن تقوم دولتهم على قانون مستمد من صميم الفقة ، وصبغوا حياتهم بالدين ، وجعلوه هو المحور التي تدور عليه أعمال الدولة ، فاستدعى ذلك تقريب الفقهاء إليهم ، والرفع من شأنهم ، ونال الفقهاء من العباسيين الرعاية والإجلال والتشجيع ، يشير إلى ذلك أن هارون الرشيد بعث إلى الامام مالك يستحضره إلى مجلسه ليسمع منه ابناه الأمين والمأمون كتاب الموطأ ، فقال له : يا أبا عبدالله ، ينبغي أن تختلف (تحضر) إلينا ، حتى يسمع صبياننا منك الموطأ ، فقال له مالك : أعز الله أمير المؤمنين : إن هذا العلم منكم خرج ، فإن أنتم أعززتموه يعز ، وإن ذللتموه ذلّ ، والعلم يؤتى ولا يأتي ، فقال هارون الرشيد : صدقت ، وقال لابنيه : أخرجا إلى المسجد حتى تسمعا مع الناس ، فقال مالك : بشريطة ألا يتخطيا رقاب الناس ، ويجلسا حيث ينتهي بهم المجلس ، فحضراه بهذا الشرط [١] .

وكذلك حين حج الرشيد ، فإنه لما حضر إلى المدينة ، أرسل إلى الامام مالك ليحمل كتابه الموطأ ، فرفض الذهاب إليه ، فما كان من الخليفة إلا أن قال : والله لا نسمع إلا في بيتك . كذلك لما رغب الرشيد في إقامة سياسة الدولة المالية على أساس عادل من شريعة الله ورسوله ، توجه إلى أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة طالباً منه أن يكتب له في ذلك كتاباً جامعاً، فكتب له كتاب

---

١ ـ مفتاح السعادة حـ ٢ ص ٨٦ .

الخراج ، وقد ضمنه نصائح سافرة قوية ، وفيه يذكره بالله وجبروته ، وبما يجب عليه من العدل في رعيته ، والعناية بكافة أمورهم ، ويخوفه من الظلم ، والميل مع الهوى ، وفعلاً تأثر الرشيد بنصائح الفقيه أبي يوسف كبير قضاته ، فأمر عماله وولاته في الأقاليم بالحرص على أن تقوم إدارة شئون الدولة على أسس من كتاب الله وسنة رسوله ، ورعاية ما حرمه الله وما أحله ، وبالرجوع إلى الفقهاء الذين هم العمدة في ذلك ، لمعرفتهم بالكتاب والسنة [١] .

فلا عجب إذن أن يجد الفقه في هذه الفترة الطيبة من حياته ، تربة صالحة للنمو والكمال ، ويصبح الفقه هو الأساس الذي تقوم عليه أعمال الدولة كلها ، ويصير المرجع في شئون الدولة فتوى الفقهاء ، وقضاء رجال الدين ، وذلك مما جعل المهمة شاقة عليهم ، لاتساع نطاقها .

ثانيا : حرية الاجتهاد :

فقد تميز العصر بحرية الاجتهاد ، متى كان القاضي أو المفتي أهلاً للاستنتاج ، مستكملاً لشرائطة ، فإذا حدثت حادثة كان القاضي يقضي بحسب ما يؤدي إليه اجتهاده ، وكذا المفتي يفتي من غير التقيد برأي معين . ولهذا تعددت الأحكام في الحادثة الواحدة ، فالمجتهد يعمل بحسب ما أداه إليه اجتهاده ، وغير المجتهد يعمل بحسب ما يتلقى من العلماء ، ومن هنا لم يكن هناك قانون عام تسير عليه القضاة ، ويحكمون على هديه ، إنما تركت الحرية لهم ، وقد كان لهذا أثر عظيم في نمو الفقه ، وازدهاره وتضخمه .

ثالثا : اتساع الدولة وكثرة الوقائع :

فقد ضمت الدولة الإسلامية شعوباً وأمماً مختلفة في الدين والحضارة، والعادات

---

١ - تاريخ الطبري جـ ١ ص ١٠٢ ، مقدمة ابن خلدون ص ٥٢ .

والتقاليد ، والنظم الاجتماعية ، وطرق المعيشة ، وفي انواع كثيرة من المعاملات ، ففي العراق كانت العادات الفارسية والنبطية وغيرها ، فمن دخل في الاسلام منهم عرض تقاليده وعاداته على علماء المسلمين فعرضت عادات العراق على أبي حنيفة ، وفي الشام عرضت العادات والمعاملات الرومانية ونظم القضاء الروماني وقضاياهم وأمورهم على الأوزاعي ، وفي مصر عرضت على الليث العادات المصرية والرومانية ، وقد عمل هؤلاء الفقهاء على تمحيص ما عرض لهم وإقرار بعضه ، وإنكار البعض الآخر ، فأصبحت الحياة العامة في كل إقليم ملونة باللون الإسلامي ، ووجدت في كل قطر من الأقطار أحكام لم تكن موجوده في غيره ، نظراً لاختلاف البيئات والفوارق الإقليمية ، فأحس علماء كل أقليم بحاجتهم إلى التعرف على ما في الأقليم الآخر ، فنشأت **الرحلات العلمية** ، فرحل الشافعي إلى المدينة والعراق ومصر ، ورحل ربيعة الرأي من المدينة إلى العراق ، ورحل محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة من العراق إلى المدينة ، وقد آتت هذه الرحلات ثمرتها . وقربت وجهات النظر ، وأزالت ما كان هناك من حدود وفواصل ، وكمَّلَ كلٌ فقيه منهم نقصه بما عند الآخر .

رابعا : نمو الحركة العلمية :

كان بدء هذه الحركة في أواخر الدور السابق ، ولكن في هذا العصر ، نمت تلك الحركة نمواً عظيماً ، بما كان من وصول المدنيات القديمة إلى رؤوس المفكرين من العرب ، وقد اشتدت هذه الحركة بسبب عوامل كثيرة ، من أهمها :

أ ــ **ترجمة العلوم** والفلسفة اليونانية للغة العرب ، وهي وإن نشأت في عصر الأمويين إلا أنها لم تأخذ قوتها وازدهارها إلا في عهد الدولة العباسية ، في زمن المأمون بن الرشيد ، في أوائل القرن الثالث الهجري ، وكان مغرماً بالآداب اليونانية ، وبآراء أرسطاليس على وجه خاص ، وقد انتشرت هذه الكتب

انتشارا عظيماً ، وصار ما فيها عاملاً مُهِماً في تكوين معلومات أهل الكلام ،

ب – **الموالي** ، فقد دخل في الإسلام عدد عظيم من الفرس والروم المصريين، منهم من أسروا صغاراً ، وتربوا تحت كنف ساداتهم من المسلمين ، فورثوا ما عندهم من العلوم الإسلامية التي أساسها الكتاب والسنة ، فحملوا منهم شيئاً كثيراً ، وكان منهم القراء الكبار ، والمحدثون بجانب إخوانهم من العرب ، ومنهم من دخل الإسلام وهو كبير ، فكان من نتيجة ذلك ، تلاقح الأفكار ، وإنضاج العقول.

خامسا : تدوين السنة والفقه وأصوله :

فإنه لما كثر التحديث عن الرسول ، وغزر إلى حد كبير ، وكان منها ما روى عن الرسول حقيقة وما نسب إليه من الأحاديث ، وقف بعض أعلام المسلمين من رجال الحديث أنفسهم لفحص هذه الأحاديث وتصنيفها ، وبيان صحيحها من ضعيفها ، والموضوع منها من غيره ، ثم دونوها في دواوين خاصة يرجع إليها المسلمون ، كما يرجعون للقرآن لمعرفة دينهم وشريعتهم .

ومعنى تصنيف السنة : ضمّ الأحاديث التي من نوع واحد في الموضوع بعضها إلى بعض كأحاديث الصلاة ، وأحاديث الصيام ، وما شاكل ذلك إلا أن الحديث كان ممزوجاً بأقوال الصحابة والتابعين كما نرى في موطأ مالك وجاءت طبقة أخرى فرأت : إفراد حديث رسول الله عن غيره ، فألفوا ما يعرف بالمسانيد مثل مسند عبدالله بن موسى ، ومسند اسحاق بن راهويه ، ومسند الإمام أحمد بن حنبل ، فأثبت هؤلاء الأحاديث في مسانيد رواتها ، فيذكرون مسند أبي بكر الصديق ، ويثبتون فيه كل ما روي عنه، ثم يذكرون بعده الصحابة ، واحداً بعد واحد على هذا النسق ، وقد وصل إلينا من هذه المسانيد مسند الإمام أحمد بن حنبل .

وجاءت بعد ذلك طبقة ثالثة فرأت أن أمامها ثروة عظيمة من السنة . فأخذت في تمحيص الأحاديث ، والتدقيق في رواتها ، وأهم آثار هذه الطبقة ما يعرف بالكتب الستة ، إذ فاق أصحابها في الدقة والفحص ، والاختيار سواهم . فنالت هذه الكتب المقام الأول عند المسلمين ، وأصحاب هذه الكتب هم :

١ – أبو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ٢ – مسلم بن الحجاج النيسابوري
٣ – أبو داود سليمان السجستاني ٤ – أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي
٥ – أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه ٦ – ابو عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي .

وقد صنفت بعضها على أبواب الفقه المختلفة ، ولا شك أن هذه الكتب قدمت بلا ريب مادة غزيرة للفقهاء ، إذ كانوا يستخلصون منها الأحكام الفقهية بجانب القرآن . وكان لها أثر كبير في نمو الفقه واكتماله .

والحق أن التدوين قد سبق وجوده في عهد الأمويين ، لكنه كان من القلة ، وعدم الشمول مما جعله قليل الجدوى بالنسبة للعلم والعلماء . أما في عصر العباسيين فقد نشطت حركة التدوين ، ولم تقتصر على السنة ، بل شملت كل فروع العلم ، ومنها الفقه ، والتفسير ، وأصول الفقه ، وقد كان لهذا التدوين أثر بارز في الفقه الإسلامي ، فقد قدم مادة خصبة غزيرة للفقهاء ، يستخلصون منها الأحكام الفقهية بجانب القرآن ، فقبل التدوين كان الفقيه كثيراً ما يتوقف عن الإفتاء أو القضاء في بعض المسائل التي لا يجد فيها نصاً من الكتاب أو السنة ، وذلك خوفاً من أن يقول في دين الله وشريعته برأية ، حتى إذا عرف أن فيها سنة عن الرسول قضى بها ، أما بعد تدوين السنة ، فكان من بين ما صنف ما هو على

---

١ ـ قد طبع هذا الكتاب بالعراق سنة ١٣٧٠ هـ .

أبواب الفقه المختلفة . فكان لهذا أثره في نمو الفقه واكتماله .

ويرى الشيعة أن أوائلهم من الفقهاء هم الذين سبقوا بتدوين الفقه ، والحديث ، وسائر العلوم الإسلامية ، حتى لقد ألف بعضهم في هذه الأيام كتاباً في هذا الشأن ، هو « تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام » ألفه مرجعهم الأكبر آية الله حسن الصدر المتوفي سنة ١٣٥٤ هـ . وقد ذكر في إثبات رأيه أسماء كثيرة . بعضها يرجع إلى عهد الرسول .

ومن المتفق عليه بين أهل السنة والشيعة : أن مجموع الفقه للإمام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين رضى الله عنهم الذي لم يروه عن الإمام زيد إلا أبو خالد عمرو ابن خالد الواسطي ، فقد قام بتأليفه أبو القاسم عبدالعزيز بن اسحاق بن جعفر البغدادي ، وشملت أجزاؤه الستة جماع ما يعرف اليوم بين أقسام الفقه وفروعه[1] — وهذا الأثر إن صح رجوعه إلى الإمام زيد ، يكون أقدم مصنف وصل إلينا في الفقه الإسلامي ، ويكون أقدم بأكثر من نصف قرن من الموطأ للإمام مالك . ولهذا الكتاب عناية قوية ، وقد شرحه شرف الدين الحسيني الحيثمي الصنعاني سنة ١٢٢١ هـ بصنعاء اليمن .. وقد رجح الأستاذ مصطفى عبدالرازق ، أن الشيعة أسرع من سائر المسلمين إلى تدوين الفقه : ولكن أهل السنة يرون أن أول مصنف في الفقة والحديث هو الموطأ للإمام مالك ، ولنا عود الى هذا الكلام عند عرضنا المذاهب الفقهية ، بمشيئة الله تعالى .

وكذلك دون في هذا العصر علم أصول الفقه على يد الإمام الشافعي ، حين رأى كثرة الآراء والفتاوي ، والاختلاف في بعض الأصول التي يعتمد عليها المجتهد كالقياس ، وهل هو من أدلة الأحكام الفقهية أولا ، وكإجماع أهل المدينة وخبر الواحد ، وسنوضح ذلك عند الكلام على المذاهب ان شاء الله .

---

١ - قد طبع هذا الكتاب بمدينة ميلانو بايطاليا سنة ١٩١٩ م ، مع مقدمات وتحقيقات وتعليقات قيمة بعناية الدكتور « أوجينيو جرفيني » .

مميزات هذا العصر :

تميز هذا العصر بأمور تشريعية منها :

١ ـ اشتداد الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث ، ثم استقرار الأمر على اعتبار أن الرأي طريقة فقهية صحيحة ،متى كان قائماً على أصول وحدود تبعده عن القول بالتشهي والهوى المجرد عن الدليل .

٢ ـ نهوض الفقه ، واتساع آفاقه وتضخمه ، حتى صار شاملاً لجميع نواحي الحياة العلمية الإنسانية ، ونشأة المذاهب الفقهية المتعددة التي وصلت إلى ثلاثة عشر مذهباً[١] عدا مذاهب الشيعة .

٣ ـ اتجاه الدولة في هذا العصر للأخذ ببعض المذاهب في القضاء والحسبة والجباية وغيرها من الأعمال ، فكان مثلاً فقه أبي حنيفة ومدرسته هو المأخوذ به في القضاء العباسي .

٤ ـ بدء تدوين كثير من العلوم تدويناً علمياً ، فبدأ تدوين السنة ، وتدوين الفقه وأصوله . وكان قبل ذلك مسائل متفرقة منثورة ، لا يعرفها إلا من له قدم راسخة في الشريعة الإسلامية .

٥ ـ ظهورُ الفقه الفرضي والتقديري ، بعد أن كان واقعياً ، لا يبحث إلا عن حكم ما يقع من الحوادث ،ففي هذا العصر لم يقف الفقهاء عند بحث الحوادث التي حدثت ، بل تجاوزوها إلى فرض وقائع ، وتقدير نوازل ، ثم يقررون لها أحكاماً تلائمها .

---

١ ـ من المذاهب السنية مذهب الحسن البصري ، والأوزاعي . وأبي حنيفة ، والثوري ومالك ، والليث بن سعد ، والشافعي ، وسفيان بن عينيه ، واسحاق بن راهويه ، وابن حنبل ، وأبي ثور ، وابن جرير الطبرى ، ومن مذاهب الشيعة : الجعفرية ، والزيدية ، والاسماعيلية .

وقد أكثر من هذا اللون الإمام أبو حنيفة وأصحابة ، فقد كان يقـــول في في شأن التقدير : «فإذا وقع عرفنا الدخول فيه ، والخروج منه» ولعل الذي دعاهم إلى هذا هو ما كان سائداً بين أهل العراق عند سؤالهم الفقيه : فقد كان الواحد منهم لايكتفي بسؤال واحد، إنما كان يردف سؤاله بأسئلة أخرى عندما يجاب عن المسألة الأولى ، فحين وجد أبو حنيفة وأصحابه وَلَـع العراقيين بهذا النوع من الأسئلة ، وأحسّ من نفسه القدرة على توفير ذلك ، قام بفرض المسائل بمعونة تلاميذه ، وقرروا أحكاماً لتلك المسائل الفرضية .

ولم يقف الأمر في ذلك عند مدرسة أبي حنيفة ، بل جاء فقهاء المالكية والشافعية فنهجوا منهج الحنفية، وأكثروا من ذلك ، وتوسعوا حتى لقد فرضوا مـا يندر وقوعه ، بل ما يستحيل من ذلك .

٦ – كثرة الآراء والفتاوى في المسألة الواحدة ، وذلك للاختلاف في اعتبار الحديث صحيحاً أو غير صحيح ، أو للاختلاف في بعض أصول الفقه نفسها كالقياس والمصالح المرسلة واعتبارها، أو عدم اعتبارها كمصادر للأحكام الفقهية .

٧ – تعصب كل فقيه لآرائه ، والاحتجاج لها ، والعمل على إقامتها على أسس وأصول سليمة، يكون عنها منطقياً كلما يرتب عليها من تفريعات وتطبيقات.

٨ – وجود رجال كل همهم البحث عن حال رواة الحديث ، من التابعين فمن بعدهم ، ووصْفِ كل راوٍ منهم بما يستحق من ضبط ، وإتقـــان ، وعداله أو أضدادها ، وهؤلاء يعرفون برجال الجرح والتعديل، فمن عدّلوه قبلت روايته، ومن جرّحوه ترك حديثه ، وقد يختلفون في هذا الشأن ، فنجد من الرواة من أجمع على تعديله، وضبطه، وإتقانه، ومنهم من اختلفوا فيه فـكان الرواة لذلك في درجات متفاوتة .

مصادر التشريع في هذا العصر :

وجد في هذا الدور نزاع شديد بين المشرعين في الأصول التي تستنبط منها

الأحكام ، باستثناء كتاب الله تعالى ، فإنه لم يختلف أحد في أنه أصل الأصول ، والمصدر الأول للتشريع ، ويمكن تصوير هذا النزاع فيما يلي :

١ - الاختلاف في السنة :

عرفنا فيما مضى من الأدوار أن السنة المصدر الثاني للتشريع ، يرجع إليها المفتون إذا لم يجدوا نصاً في الكتاب يفتون به ، إلا أن طول العهد، وكثرة من تصدوا لرواية السنة ، وشيوع الأحاديث المكذوبة، أوجد فيها اختلافاً كثيراً ، وفتح باباً في النزاع في أمرين :

أ - هل السنة أصل من أصول التشريع الإسلامي، مكملٌ للقرآن الكريم ؟

ب - مع القول بأنها أصل فما طريق اعتمادها ؟

ففي **المسألة الأولى** وجدنا قوماً يرفضون السنة كلها ، ويقتصرون على القرآن وحده ، زعماً منهم أن في القرآن غنية عنها ما دام قد جاء تبياناً لكل شيء ، وقد نزل بلسان عربي مبين ، يفهمه العرب جميعاً ، ومن إليهم من الموالي[١] ،وقد ذكر الإمام الشافعي أقوال هذه الطائفة ، وبين ما تحتج به من الأدلة ، ثم ردَّ عليهم ، وبين خطلهم وفساد ما ذهبوا إليه في كتابه الأم[٢].

وكان لا بد لهذا الرأي الخاطىء ، البين البطلان ، أن يختفي بفضل رجال الحديث والفقه الذين يرون بحق أن السنة أصل بعد القرآن للفقه ، وإلا فما فائدة رسالة الرسول إن لم تكن لبيان ما نزل إليه من الكتاب ، وذلك يكون بتوضيح مجمله ، وتقييد مطلقه، وتحديد مبهمه ، ونحو ذلك كله، كما يكون بالإتيان ببعض

---

١ - تطلق كلمة الموالي ، على من دخل في الإسلام من غير العرب ، ثم صار كثير منهم من رجال العلم والإدارة ، وبخاصة أيام العباسيين التي قامت دولتهم على اكتافهم .

٢ - جـ ٧ ص ٢٥٠.

التشريعات التي لم يجيء بها القرآن ، ولكنها تتفق مع روحه ومقاصده .

أما **الامر الثاني** : فإن من انتصروا لمذهب الاعتماد على السنة ، وقالوا بكونها أصلاً من أصول التشريع الإسلامي بعد القرآن : اختلفوا في الطريق الذي به تعتمد السنة :

فمن الناس من رد خبر الواحد ، وقبل الأحاديث المتواترة – وقد رفض الجمهور الإسلامي قولهم – ومن الناس من قال لا تقبل الأخبار عن رسول الله إذا كانت من المتفق على العمل بها بين فقهاء الأمصار – ومن الناس من قال تثبت السنة من وجهين، أحدهما أن نجد الأئمة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا بما يوافقها : والثاني : ألا نجد الناس اختلفوا فيها ، فتحقيق الحديث عندهم بما يجري عليه أهل المدينة ويتفقون عليه ، أما الشيعة فكانوا يثقون بالحديث متى جاءت روايته من طريق أئمتهم ، أو ممن هو على دعوتهم ، ويتركون ما وراء ذلك لأن من لم يوال علياً رضي الله عنه عندهم ليس أهلاً لتلك الثقة – والخوارج اقتصروا على أحاديث من يتولونه من الصحابة ، فالأحاديث عندهم هي ما خرجت للناس قبل الفتنة ، أما بعدها فإن رواتها لم يكونوا أهلاً لثقتهم .

والذي عليه جمهور أهل الحديث والإمام الشافعي : أن الثقة بالحديث تنال برواية العدل عن مثله ، حتى يبلغ به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان الراوي واحداً .

ولهذا كان الاختلاف كبيراً في تقدير قيمة الحديث المروي، فقد نجد الحديث يعمل به الحنفي لشهرته ، بينما يرفضه الشافعي لضعف في سنده ، وقد نجد المالكي يرفض الحديث ، لأن العمل بالمدينة جرى على خلافه ، بينما يعمل به الشافعي لقوة في سنده[١].

---

١ – انظر تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري من ص ١٨٣ - ١٩٩ .

٢ - الخلاف في القياس والاستحسان :

فقد كان الصحابة والتابعون إذا لم يجدوا نصاً في كتاب الله ولا في سنة رسوله يفزعون إلى ما يسمونه رأياً ، وهو على ما يظهر من فتاويهم : « الحكم بناء على القواعد العامة للدين » كقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » فلم يكونوا يقيسون علي أصل معين يشبهون بمحله الحادثة التي يفتون فيها ، كما قضي عمر على محمد بن سلمة ، بأن يمر خليج جاره في أرضه لأنه ينفع جاره ، ولا يضر محمداً ، فعلل الفتوى بأصل عام وهو إباحة النافع وحظر الضار ، ولم يقله قياساً على أصل معين[1].

ثم جاء الفقهاء فضيقوا دائرة الرأي فشرطوا أن يكون للمستنبط بالرأي أصل معين يرجع إليه في فتواه ، وذلك الأصل إما كتاب أو سنة ، وهذا هو القياس الذي اعتبروه أصلاً من أصول التشريع بعد الكتاب والسنة ، وقد برع في هذا المضمار فقهاء العراق ، إلا أنهم كثيراً ما يتركون القياس إلى شيء سموه الاستحسان ، فكثيراً ما يقول محمد بن الحسن في المبسوط. استحسن وأدع القياس ، ويكون استحسانه رجوعاً لأثر يخالف مقتضى القياس ، أو رجوعاً للأصول العامة ، على ان لهؤلاء القائسين والمستحسنين سلفٌ صالح من كبار الصحابة ، كعمر وابن عباس من الصحابة وربيعة بن عبد الرحمن وإبراهيم النخعي من التابعين .

وقد اشتد النزاع في هذا الدور بين أهل السنة من جهة ، وبين أهل القياس والاستحسان من جهة أخرى ، ولكن مبدأ اتخاذ القياس أصلاً في التشريع قد اختلف فيه. فقد رفض الأخذ به إمام أهل الظاهر ، الذي قام في منتصف القرن الثالث ، وأقام مذهباً مؤسساً على الأخذ بظواهر الكتاب والسنة ، أما أكثر

---

١ ـ هذا هو ما يسمى في عرف الفقهاء بالمصالح المرسلة . أي التي لم يشهد لها أصل .

فقهاء هذا العصر المشهورين فقد رأوا القياس أصلا ، وإن كان أقدمهم قولاً فيه أبو حنيفة وأصحابه وأقلهم نفوذاً فيه الحنابلة امـا المالكية والشافعية فـكانوا بين الفريقين، وابتعد عنه بعض أهل الحديث والشيعة ـ وغلا الظاهرية في رفضه أما الاستحسان فقد شن الغارة عليه الإمام الشافعي في رسالته الأصولية، مع أن قول أهل العراق بالاستحسان ما هو إلا ذهاباً بالمسألة إلى أصل آخر خاص أو عام ، وليس قولاً بمجرد الهوى .

ثالثاً : النزاع في الاجماع :

فإنه إذا لم يكن في الحادثة كتاب ولا سنة ، وصدر من السلف فيها فتوي لم يعلم لاحدٍ خلاف فيها، قال جمهور الفقهاء إن ذلك حجة في الدين ، لأن اجتماعهم لا يكون عن رأي ، إذ الرأي إذا كان تفرق فيه ، فهو في الحقيقة راجـع إلى العمل بالسنة ، ومما اختلف الفقهاء فيه في هذا العصر الإجماع السكوتي وهو أن يجيب واحد ويسكت الآخرون ، فقال الحنفية بحجيته ، وقال غيرهم إنـــه ليس بحجة .

الفصل الرابـع

دور القيام على المذاهب، والتقليد[1] المحض

يبتدىء هذا الدور من منتصف القرن الرابـع الهجري ، إلى سنة ١٢٨٦ هـ.

---

١ ـ نعني بالتقليد : تلقي الأحكام من امام معين ، واعتبار أقواله كأنها من الشارع نصوص يلزم المقلد اتباعها . ويقابل هذا المعنى الاجتهاد وهو دراسة الكتاب والسنة مع القدرة عـلى استنباط الأحكام من ظواهر النصوص أو معقولها .

ويشمل مرحلتين متمايزتين ، الأولى تبدأ من منتصف القرن الرابع الهجري ، حتى سقوط بغداد على يد هولاكو التتري سنة ٦٥٦ هـ — والثانية من سقوط بغداد إلى ظهور المجلة العدلية في سنة ١٢٨٦ هـ .

المرحلة الاولى :

في هذه المرحلة تقطعت أوصال الدولة الإسلامية ، وصارت دولاً عديدة ، يقوم على كل منها حاكم يسمي نفسه أمير المؤمنين ، وكانت تلك الدويلات متناحرة فيما بينها ، فضعف أمر الدولة الكبرى التى كانت تشجع الفقهاء ، وتدعوهم إلى البحث ، وتثيب عليه ، وكان لذلك أثره على الحياة الفقهية ، وأخذت روح الاستقلال في التشريع تضعف تبعاً للضعف السياسي ، فانعدم التجديد ، وماتت ملكة البحث في الفقهاء ، وزالت الروح العالية التي كانت تملي على أبي حنيفة أن يقول في أسلافه « هم رجال ونحن رجال » ، والتي جعلت مالكاً يقول « ليس من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، لقد حل محل هذه الروح ما يسمى بروح التقليد ، وسرى فيهم سرياناً عاماً ، فبعد أن كان مريد الفقه يشتغل بدراسة كتاب الله تعالى ، ورواية السنة ، صار في هذه المرحلة يتلقى كتب إمام معين ، ويدرس طريقته التي استنبط بها ما دونة من الأحكام ، فإذا أتم ذلك صار من العلماء الفقهاء ، وبذلك قصر أنصار كل مذهب من تلك المذاهب الأربعة المعروفة ، التي تلقتها الأمة بالقبول ، كل جهودهم على تأييد مذهب إمامهم ، والنظر في أصوله ، وفروعه وتطبيقاته العملية ، وأخذوا يشيدون بأئمتهم ، ومن إليهم من رؤساء المذاهب ، وبما خصوا به من نبوغ وملكة فقهية فائقة على الاستنباط .

وبذلك فنيت شخصيات الفقهاء في هذه المرحلة في شخصيات متبوعهم من الأئمة ، وماتت فيهم نزعة التفكير ، فصاروا مقلدين تابعين ، لا أئمة متبوعين ، وأصبح عسيراً أن يعتقد أهل ذلك العصر أن بالإمكان ظهور إمام مستقل ، يلحق بركب الأئمة السابقين .

وبذهاب الروح الاستقلالية في الفقهاء فترت هممهم، وران الضعف على عقولهم، حتى إن الواحد منهم ما كان يستجيز لنفسه أن يقول في مسألة من المسائل قولا يخالف ما أفتى به إمامه، كأن الحق كله نزل عن لسان إمامه، فها هو أبو الحسن عبد الله الكرخي طليعة فقهاء الحنفية في هذا الدور وإمامهم يقول: كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهي مؤولة أو منسوخة، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ»، فأين هذا من قول أحد الأئمة الأربعة: «إذا صح الحديث فهو مذهبي، واضربوا بقولي عرض الحائط».

هذا ولم يكن هناك نظام تشريعي، يقصر الفتوى على من هم أهل لها، ويضرب على أيدي غير الصالحين للاجتهاد في شريعة الله، فتصدى كثيرون للإفتاء، حتى كان يصدر في المسألة الواحدة أقوال وفتاوى متعددة ومتعارضة، لا تترك وراءها إلا حيرة المستفتين.

غلق باب الاجتهاد:

من أجل ما سبق رأى أهل العلم والبصر بالفقه – في أواخر القرن الرابع الهجري – أن يسدوا باب الاجتهاد، وأن يجعلوا القضاة والمفتين مقيدين بأقوال الأئمة الأربعة المعروفين، الذين أجمعت الأمة على الرضا بهم، وبهذا وقع المسلمون في الجمود على أقوال السابقين [1].

---

١ - يقول ابن خلدون في مقدمته ص ٣٥٥ «ووقف التقليد في الأمصار عند هؤلاء الأربعة، ودرس المقلدون لمن سواهم، وسد الناس باب الخلاف وطرقه، لما كثر تشعب الاصطلاحات في العلوم، ولما عاق عن الوصول إلى رتبة الاجتهاد، ولما خشي من إسناد ذلك إلى غير أهله ومن لا يوثق برأيه ولا بدينه، فصرحوا بالعجز والاعواز، وردوا الناس الى تقليد هؤلاء، كل بمن اختص به من المقلدين، ولم يبق الا نقل مذاهبهم، وعمل كل مقلد بمذهب من قلده منهم بعد تصحيح الأصول، واتصال سندها بالرواية، لا محصول اليوم للفقه الا هذا، ومدعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه، مهجور تقليده، وقد صار أهل الاسلام اليوم على تقليد هؤلاء الأئمة الأربعة».

وقد نبغ في المرحلة علماء كبار ومفكرون عظام ، لهم فضلهم الذي لاينسى في الفقه وغيره من العلوم ، لا ينقصون عن أسلافهم في العلم بأصول التشريع ، وطرق الاستنباط ، ومن آثارهم هذا التراث العلمي الإسلامي الذي ما زلنا ننتفع به حتى اليوم .

أسباب التقليد :

١ ــ نجابة تلاميذ الأئمة ، وإعجابهم بطريقتهم وتدوينها والدفاع عنها ، ودعوتهم إلى الأخذ عنهم ، والعمل بفتواهم ، ولا شك أن تعصب لفكرة ، فإنه يحبس نفسه في دائرتها ، ويدور في فلكها .

٢ ــ تدوين المذاهب ، فكل مذهب وفق الله له مدونون موثوق بهم ، فصار من السهل الحصول على ما يراد من الأحكام للحوادث التي تعرض ، وما يتوقع عروضها ، فصرف ذلك العلماء عن الاجتهاد ، يقول الشافعي : كان الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به ، ومعنى عدم قيامهم به أنه لم يعنوا بتدوين آرائه ، وبثها في الجمهور ، كما قاموا هم بتدوين آراء مالك [١] .

٣ ــ ولاية القضاء : فقد كان الخلفاء فيما قبل هذه المرحلة ، يختارون قضاتهم من الأئمة المجتهدين ، العالمين بكتاب الله وسنة رسوله ، القادرين على استنباط الأحكام منها ، وكانت ثقة الجمهور بهم ، وشاع في كل مصر رأي عام هو أن يكون القاضي ذا مذهب معروف يتبعه في قضائه ولا يحيد عنه ، وأن يكون ذلك المذهب مما دُوِّن وعرف ، فلذلك أقبل الراغبون في مناصب القضاء على دراسة المذهب الذي يرتضيه الخليفة ، وقلدوا أمامه ووقفوا عند نصوصه وأصوله .

---

١ ـ انظر تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٣٢٩ .

جهود العلماء في هذه المرحلة :

بعد أن وقف الفقهاء في هذه المرحلة أنفسهم على نصرة مذاهب أئمتهم ، التي التزموها ، كانت جهودهم في هذه الناحية تتركز في أمور ثلاثة :

أ – **البحث عن علل ما استنبط الأئمة من أحكام**، فإن الأئمة السابقين المجتهدين لم يذكروا الكثير من علل هذه الأحكام التي ذهبوا إليها ، وبمعرفة هذه العلل أمكن العلماء الإفتاء في النوازل والمسائل ، التي لم يرد فيها أحكام للأئمة ، وذلك باستعمال القياس أو مراعاة المصالح المرسلة ، أو غير ذلك من أصول التشريع ، ومن هنا وضعوا ما سموه بأصول الفقه ، اجتهاداً منهم أن هذه أصول أئمتهم ، وقد اشتهر بالتعليل علماء الحنفية وأكثروا منه ، بينما كان الشافعية في هذا المضمار أقل جهداً ، لأن أصول إمامهم قد دونها بنفسه ، وأملاها بشخصه على أصحابه .

٢ – **الترجيح بين الأقوال المختلفة في المذهب** ، وهذا الترجيح على نوعين :

أ – ترجيح من جهة الرواية : وذلك حين يختلف النقل في بعض المسائل عن أئمة المذاهب ، فقد نقل عنهم مذاهبهم أكثر من واحد ، فأبو حنيفة نقل أقواله صاحبه محمد بن الحسن، ومنها ما أخذه عنه، ومنها ما أخذه عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة ، وكذا نقل عن أبي يوسف غير محمد بن الحنفية كالحسن ابن زياد ، وعيسى بن أبان وغيرهما ، واختلاف النقل ناشىء إما من خطأ بعض النقلة عليهم ، وإما من تردد الإمام نفسه في الرأي ، فيقول اليوم قولاً ثم يغيّره غدا ، فيروي كل منهم قولاً. فكان عمل الفقهاء بعد تقرر المذاهب ، أن يبدوا رأيهم في أي الروايتين أرجح ، فيرجحون رواية من اطمأنت أنفسهم إليه

لازدياد الثقة به [١].

ب – **ترجيح من جهة الدراية :** وذلك يكون بين الروايات الثابتة عن الأئمة أنفسهم إذا اختلفت ، أو بين ما قاله الإمام وما قال أصحابه المنتسبون إليه ، وهذا الترجيح إنما يكون من الفقهاء العالمين بأصول أئمتهم ، وطرقهم في الاستنباط ، فيرجحون من الأفعال ما يتفق مع تلك الأصول ، أو ما يكون أقرب إلى أدلة الفقه الأصلية ، وهي الكتاب والسنة والقياس ، ومن الطبيعي أن يقع الاختلاف بين هؤلاء المرجحين في الترجيح ، ويعتبر العالم من أهل الترجيح في المذهب تبعاً لما يُعترف له به من درجة الاطلاع والتصرف .

٣ – **قيام كل فريق بنصرة مذهبه جملة وتفصيلا** ، أما من حيث الجملة فبنشر ما كان عليه إمام المذهب من العلم الواسع ، والورع الصادق ، ومن حسن الاستنباط ، والاتباع التام لكتاب الله تعالى ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وقد كتب كل فريق من ذلك كثيراً ، فوصفوا إمامهم بأنه إمام الأئمة ، ونسبوا إليه من الصفات ، ما يجعله من السابقين في ميدان الفقه والاستنباط ، وربما تطرف البعض منهم فنال من بعض الأئمة المخالفين له ، وحط من شأنهم .

وأما من جهة التفصيل : فكان بترجيح المذهب الذي ينتصر له في كل مسألة خلافية ، وقد وضعوا لذلك كتب الخلاف ، وذكروا فيها المسائل المختلف فيها ، ورجحوا على كل حال مذهب الإمام الذي ينتسبون إليه ، وقلما يخلو ذلك من تكلف واضح ، وتحيز ظاهر .

٤ – **المناظرات والجدل :** التي لم يكن الغرض منها الوصول إلى استنباط

---

١ – كما رجح الحنفية روايات محمد على غيره من الروايات التي رواها أصحاب أبي حنيفة ، ورجحوا ما رواه محمد في كتبه التي رواها عنه الثقات كأبى حفص الكبير والجوزجاني وسموها ظاهر الرواية – ورجح الشافعية ما يرويه الربيع المرادي عن الشافعي ، ورجح المالكية روايات ابن القاسم عن مالك على سائر الرواة .

حكم صحيح بل إرضاء شهوة الأمراء ، فلم يرد بها وجه الله ، إنما قصد بها الظهور عند الخلق ، وانطلاق ألسنتهم بالثناء عليهم ، وقد ألفت لذلك الكتب فيقواعد النظر ، وأطلق عليها علم أدب البحث ، وكانت مجالس النظر أول الأمر حول مسائل علم الكلام ، ثم مالت نفس بعض الأمراء إلى المناظرة في الفقه ، وبيان الأولى من مذهب الشافعي وأبي حنيفة على الخصوص ، فترك الناس الكلام وفنون العلم ، وانصرفوا إلى المسائل الخلافية بين الشافعي وأبي حنيفة — وقد جرهم ميدان المناظرة أمام الأمراء إلى تعصب كل فريق لما يدافع ويجادل عنه ، واعتداده الآخر خصماً ، بل عدواً ، وتبعهم في ذلك العامة ، وكاد يصل الأمر بهم إلى تحريم أن يقتدى أحد في الصلاة بمخالفه في المذهب ، اعتماداً على أنالعبرة في الاقتداء بمذهب المأموم لا بمذهب الإمام [1] — ولكن العصبيات المذهبية أرادت أن تؤكد الفاصل بين الجماعات ، وقد زاد بعض الفقهاء في هذا الأمر ، فاتهم بعضهم بعضاً :بأن أئمتهم خالفوا صريح الكتاب والسنة في بعضالمسائل .

المرحلة الثانية : مرحلة التقليد المحض

تبدأ هذه المرحلة من منتصف القرن السابع الهجري ، إلى أوائل القرن الثالث عشر ، وتعتبر هذه المرحلة أطول مرحلة في تاريخ الفقه الإسلامي ، إذ تبلغ سبعة قرون ونصف تقريباً ، وفي هذه المرحلة انحط الفقه وضعف ، وطبع بطابع الجمود والركود ، الأمر الذي لم يصب به في أي عصر مضى . فقد ساد التقليد المطلق ، وركن العلماء الى ما وجد لديهم ، من فتاوي الأئمة السابقين ،

---

١ — يقول الشيخ الخضري في كتابه تاريخ التشريع الاسلامي ص ٣٤٤ . ولا ندري كيف قالوا ذلك مع تسامح الأئمة في الاجتهاد والخلاف ، واعتبار أن ما أدى إليه اجتهاد المجتهد واجب يعمل به في حقه ، ولا يجوز له أن يتعداه إلى غيره ، فمقتضى تلك النظرية اني اعتبر صلاة كل مجتهد صحيحة ويخرج من ذلك : أن العبرة في الاقتداء بمذهب الإمام لا بمذهب المأموم .

بعد أن كانوا في المرحلة السابقة يتلمسون العلل والترجيح ، وكان كل همهم في هذا الوقت هو اختصار الكتب المؤلفة قبلهم ، وقد وَلِعُوا بذلك ولعاً كبيراً ، ولم يكن الاختصار بدعة من بدع هذا الدور ، بل كان موجوداً في الدور الرابع فإن تلاميذ الأئمة قد اختصروا كلامهم ، ورتبوا ما أملاه الأئمة ، وحذفوا ما لا تكثر الحاجة اليه من المسائل ، ولكن في هذه المرحلة اتجه الاختصار الى وجهة غريبة ، وهي الاجتهاد في جمع الكثير من المسائل في القليل من الألفاظ ، ولما كانت السليقة العربية عندهم ضعيفة ، تحوّل الكلام الى ما يشبه الألغاز . وصارت كل كلمة أو جملة تشير إلى بحث واسع ، أو مسألة طويلة ، وأصبحت الكتب تحتاج لتفهمها وقتاً طويلاً ، وجهداً كبيراً .

وقد تتطلب ذلك وضع كتب شارحة ، لتحل غوامضها ، وتكشف عن معمياتها ، بل أكثر من ذلك اضطروا الى شرح تلك الشروح ، والتعليق على شرح الشرح ، فكان هناك تراث في الفقه ذا ألوان ثلاثة : **المتون** ، وهي الكتب المختصرة — **والشروح** وهي الكتب التي شرحت المختصرات (المتون) — وشارحة الشروح وهي المسماة **بالحواشي**. وفضلاً عن ذلك كانت التقريرات وهي التعليقات على الحواشي — ونتيجة لهذا العمل ظفر الفقه الاسلامي بتراث مجيد غزير في الفقه ، يعجز العادُّ عن حصره ،

ولكن مما يؤسف له أن تلك الكتب ، وجهت عنايتها إلى المناقشات اللفظية ، وابتعدت عن جوهر العلم ، مما جعل همُّ المطلع عليها هو الوقوف على معاني أساليبها ، ومحاولة حل تراكيبها وعباراتها .

وهكذا ألحق الاتجاه إلى التقليد بالفقه الضرر ، وأضاع جهود رجاله في تفهم أقوال الكتب ، وحل عباراتها ، وتركوا النظر في كتاب الله وسنة رسوله ظناً منهم أنهم لم يبلغوا مبلغ من سبقوهم في النظر ، وأن فضل الله ذهب به من سبقوهم ، فلم يبق لهم منه نصيب .

ولا يفوتنا أن نسجل بالفخر أنه في إبان هذه المرحلة ، نجمت حركة مباركة تدعو بقوة إلى ترك التقليد الذي ران على العقول والصدور ، طوال تلك القرون ، وإلى فتح باب الاجتهاد لمن هو أهل له ، وهذه الحركة تجاوبت الدعوى لها هنا وهناك في بعض بلاد العالم العربي الاسلامي .

ونعتقد أن أكثر الفضل في ذلك يرجع الى رجلين عظيمين ، يعتبران من أعيان الفقهاء العلماء هما : شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين بن تيمية المتوفي عام ٧٥٨ هـ ، وتلميذه وناشر آرائه أبو عبدالله شمس الدين بن قيم الجوزية ، المتوفي سنة ٧٥١ هـ ، فقد حمل كل منهما على التقليد وأهله حملات قوية صادقة ، ودعوا إلى بعث الاجتهاد ، والرجوع الى كتاب الله وسنة رسوله ، وما كان عليه السلف الصالح رضوان الله عليهم [١] .

ومن قبلهما دعا بالمغرب عبد المؤمن بن علي إلى إلزام العلماء بالاجتهاد ، وعدم التقليد ، وفي سبيل ذلك أحرق كتب الفروع .

وفي أواخر القرن الحادي عشر الهجري جاء أبو عبدالله محمد بن عبد الوهاب التميمي النجدي المتوفي سنة ١٢٠٦ هـ ، فأسس المذهب الوهابي ، الذي هو في الحقيقة مذهب ابن تيمية ، وكان من حظه وحظ مذهبه : أن أصهر إلى الأمير ابن سعود النجدي ، ومن ثم وجد المذهب دعاة ينصرونه حتى صار المذهب الرسمي في أصول الدين وفروعه للمملكة العربية السعودية حتى هذه الأيام ، كما صار له أنصار يعملون على نشره خارج المملكة أيضاً .

---

١ - راجع إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ١٣٥ ، ص ٢٠٧ ، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم يعتبران من الحنابلة ، إلا انهما لم يجمدا على مذهب ابن حنبل ، بل كانا مجتهدين يتبعان الدليل ولو أدى إلى خلاف المذهب .

مميزات هذه المرحلة :

تميزت هذه المرحلة بأمرين : **الأول** : نشاط حركة التدوين في التطبيقات والفروع الفقهية . فقد حفل هذا العصر بنوع خاص من المؤلفات في الفقه ، وهي كتب « الفتاوي » التي كانت ظهرت قبل هذا العصر ، ولكنها كثرت في هذه المرحلة ، ويرجع ذلك إلى أن كثيراً ممن تولوا مهمة الإفتاء الرسمية ، أو بلغوا من العلم مكانة تجعلهم مرجعاً للناس في استفتاءاتهم ، قد سجلوا فتاواهم في كتب خاصة ، وجعلوها مرتبة على أبواب الفقه ، وكان أسلوب الفتاوي يجري غالباً على طريقة ذكر السؤال ، ثم إردافه بالجواب مع النصوص التي يستند عليها الجواب ، وبعض الفتاوي يذكر أحكام الوقائع دون أسئلتها .

وقد ساعدت هذه الكتب على إظهار نتائج المبادىء والقواعد النظرية ، وكشفت عن مدى ملاءمتها للمصلحة التطبيقية عند وقوع الحوادث غير المتوقعة ، كما أنها من المصادر التي توقف على النصوص الفقهية في الحوادث المتوقعة في كل وقت ، فإن كثيراً ماتتشابه الحوادث اللاحقة مع الحوادث السابقة ، فلهذا تعتبر من المراجع القيمة في الفقه .

هذا وبعض الفتاوى مطبوع ومتداول بين طلاب الفقه مثل الفتاوى التتارخانية ، والخانية ، والبزازية ، والظهيرية ، والهندية ، والخيرية ، والزينية ، والمهدية – فالفتاوي الخانية : لقاضي خان الحسن بن منصور المتوفي سنة ٥٩٢ هـ وهي مطبوعة طبع حجر بكلكتا عام ١٨٣٥ م على هامش الأجزاء الثلاثة الأولى من الفتاوي الهندية .

والفتاوي البزازية : وهي لحافظ الدين محمد المشهور بابن البزاز المتوفى سنة ٨٢٧ هـ جمع فيها زبدة المسائل المهمة من الكتب المختلفة ، توفى في الأناضول سنة ١١٤٤ م ، وهي مطبوعة على هامش الأجزاء الثلاثة من الهندية الأخيرة .

والفتاوى الزينية وهي لابن نجيم (زين العابدين المصري) من كبار فقهاء الحنفية المتوفي سنة ١٥٦٢ م – والفتاوى الخيرية لخير الدين المنيف الفاروقي الرملي المتوفي ١٠٨١ هـ وهي مطبوعة في جزءين – والفتاوى المهدية في الوقائع المصرية لمفتي الديار المصرية الشيخ محمد العباسي المهدي المتوفي ١٢٥٢ هـ.

والفتاوى الهندية وتعرف باسم الفتاوى العالمكيرية[١]، من أشهر المطولات في الفقه الحنفي، وقد جمع هذا الملك لتأليف الفتاوى الهندية فقهاء الحنفية في عصره برئاسة الشيخ نظام الدين، وأجرى عليهم النفقات، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة، فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي أصح ما فيها من الأحكام، وصاغوها في هذا المؤلف الجليل، مع نسبة كل حكم إلى مصدره، فاحتوى على ما لا يوجد في سواه، وقد طبع كتاب الفتاوى الهندية في مصر لأول مرة سنة ١٢٨٢ هـ، في ستة مجلدات ضخمة، ثم طبع في المطبعة الاميرية ببولاق مصر سنة ١٣١١ هـ[٢].

ومن **الفتاوى المخطوطة**: الفتاوى الظهيرية لظهير الدين أبي بكر المتوفي سنة ٦١٩هـ، وتقع في مجلدين، والفتاوى التتارخانية لابن علاء الدين المتوفي سنة ٨٠٠ هـ وتقع في خمسة مجلدات، والفتاوى العتابية وكلها توجد بين مخطوطات دار الكتب المصرية بالقاهرة – كما يوجد في مكتبة بلدية الاسكندرية : الفتاوى السراجية لسراج الدين الهندي المتوفي سنة ٧٨٣ هـ، وكلها فتاوى في المذهب الحنفي.

ومن فتاوى المذاهب الأخرى : الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي الفقيه الشافعي المتوفي سنة ١٥٦٧ م وتقع في أربعة مجلدات مطبوعة، ومجموعة فتاوى

---

١ – منسوبة إلى الملك « محمد أورنيك زيب » وهو من السلالة المغولية التي حكمت في الهند زمناً طويلاً، ويلقب باسم «عالمكير» أي فاتح العالم، وكان ملكاً صالحاً، قضى على عناصر الفساد في أسرته، وأخضع الهند كلها تقريباً لحكمه.. فبسط سلطانه عليها من سنة ١٠٦٩ هـ إلى ١١١٩ هـ وكان يعيش من ثمن المصاحف التي كان يكتبها بخط يده.

٢ – راجع معجم المطبوعات العربية لسركيس حـ ١ ص ٤٩٨.

ابن تيمية (تقي الدين أحمد) المتوفي سنة ١٣٢٨ م الفقيه الحنبلي، وهي مطبوعة في خمسة مجلدات– وفتاوى الرملي الشافعي وهي مطبوعة على هامش فتاوى ابن حجر .

الثاني – بدء تقنين الفقه ، أي إصدار القوانين التي عدّلت من الأحكام الفقهية الشرعية المعمول بها في المذهب الحنفي الذي كان مذهب الدولة العثمانية .

تدرج التقليد :

لم يكن حدوث التقليد ، وإصابة الفقه بعوامل الركود دفعة واحدة ، بل كان ذلك على مراحل ، فقد أصيب الفقه بالجمود أولاً في منتصف القرن الرابع الهجري بضعف الدولة العباسية ، وتقطع أوصالها ، ومعاداة كل فريق للآخر ، فتغلب حكم السياسة على حكم العقيدة ، ثم أخذ الحال ينتقل من سيء الى أسوأ ، حين لم يوجد بين العلماء من تسمو به نفسه إلى مرتبة الاجتهاد المطلق ، حتى أفتى علماء المذاهب في نهاية القرن الرابع **بغلق باب الاجتهاد** وادعوا الإجماع على ذلك، وفي القرن الخامس والسادس والسابع ، اقتصر عمل العلماء على التعليل والترجيح والفتيا في المسائل التي لم تعرض للأئمة السابقين لهم ، وحين سقطت بغداد عاصمة العالم الإسلامي على يد هولاكو خان حفيد جنكيزخان ، وقتل آخر خليفة من آل العباس الذي كان يدعى باسمه على أكثر المنابر الإسلامية ،زاد ضعف المسلمين، وأصيبوا بالركود الذهني ، فكان عمل الفقهاء كما عرفنا قاصر على التمييز بين الأقوال الضعيفة والقوية ، التي صدرت عن الأئمة السابقين ، والتعرف على ما هو ظاهر الرواية ، وتصنيف المختصرات الملغزة ، ثم جاء بعد ذلك فريق من العلماء فحبس نفسه في دائرة التقليد المطلق، فلم يرجح بين الأقوال المنقولة عن الأئمة ، بل إنه لم يميز بين قويها وضعيفها .

مما سبق يتضح لنا كيف تدرج التقليد في الأزمنة المختلفة .

طبقات الفقهاء :

رأينا ابن‌عابدين [1] يقسم طبقات الفقهاء إلى سبع هي :

١ - طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً ، وهم الأئمة ، ومن سلك طريقتهم في استنباط الأحكام من مصادرها الأصلية « كتاب الله وسنة رسوله » .

٢ - طبقة المجتهدين في المذهب ، مثل بعض أصحاب أبي حنيفة الذين استنبطوا أحكام الحوادث ، بناء على القواعد والأصول التي قررها إمامهم ، وهؤلاء قد يخالفونه في بعض الفروع ، ولكن لا يخرجون عن أصوله .

٣ - طبقة المجتهدين في المسائل التي لم يرد فيها حكم عن صاحب المذهب ، وهؤلاء لا يخالفون صاحب المذهب في الأصول او الفروع ، ولكنهم يستنبطون الأحكام التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، استنباطاً قائماً على أصول إمامهم وقواعده ، ومن هذه الطبقة الخصاف، والطحاوي ، والكرخي ،والسرخسي

٤ - طبقة أصحاب التخريج من المقلدين ، وهؤلاء لم يصلوا مرتبة الاجتهاد، لكنهم لإحاطتهم بالأصول ، يقدرون على تفصيل الأقوال المجملة ، والأحكام المبهمة المحتملة لأمرين منقولين‌عن صاحب المذهب أو أحد أصحابه ، ومن هؤلاء أبي بكر الجصاص .

٥ - طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين وهؤلاء‌انحصر عملهم في ترجيح‌بعض الروايات على البعض ، ومنهم أبو الحسن القدوري ، والمرغيناني وأمثالهما من الحنفية .

٦ - طبقة المقلدين القادرين على التميز بين القوي والضعيف والأقوى ،وبين ظاهر الرواية ، والنوادر ، وهؤلاء كأصحاب المتون الذين كانوا بعد منتصف

---

١ - هو محمد بن أمين بن عابدين المتوفي سنة ١٨٣٦ م ولد في دمشق ، وهو من فقهاء الحنفية ومن‌مؤلفاته (كتاب رد المحتار على الدر المختار) المسمى بحاشية ابن عابدين .

القرن السابع الهجري ، وفيها ينقلون الأقوال الصحيحة في المذهب دون غيرهما، ومن هؤلاء النسفي صاحب كتاب كنز الدقائق .

٧ - طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق ، وهؤلاء ينقلون الأقوال من غير تمييز بين صحيحها وغيره ، ومنهم أصحاب المصنفات التي جاءت بعد ذلك .

الفصل الخامس

دور اليقظة الفقهية ، والنهضة الحديثة

يبدأ هذا الدور من ظهور المجلة العدلية في سنة ١٢٨٦ هـ إلى يومنا هذا، وفيه نشطت الحياة الفقهية . واتجه العلماء إلى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها ، وسلك التأليف مسلكاً نافعاً للعلم والعلماء ، واتسعت دائرة التقنين الذي بدأ في أواخر العصر السابق ، وانقضى عصر التعصب للمذاهب ، فدُرِست المذاهب على السواء ، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد ، فلا فرق بين مذهب مشهور وغير مشهور ، بل الجميع على بساط البحث سواء ، للاستفادة منها في التشريع ، تيسيراً على الناس ، ومراعاة لروح الشريعة .

فإذا دراسة الفقه دراسة مقارنة في معاهد التعليم العليا ، مثل كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وكلية الشريعة بجامعة دمشق وجامعة بغداد والسعودية، وفي كليات الحقوق بالجامعات العربية في مصر والسودان ودمشق وبيروت وبغداد وليبيا، والكويت . ففي جميع ماذكرنا يدرس الفقه مقارناً، دراسة حرة تقوم على ذكر الأقوال الفقهية في المسألة مع أدلتها ، ثم النظر في تلك الأدلة ، للوصول إلى ترجيح القول الذي يظفر بالدليل القوي ،دون تحيز ولا تعصب، بل لقد تجاوز الأمر أبعد من ذلك ، فقد توسعوا في المقارنة بين أقوال الفقهاء

الشرعيين وفقهاء القانون الوضعي .

فإذا نحن جاوزنا الناحية الدراسية إلى ناحية التأليف ، وجدنا أن التأليف أخذ يتخلص من ثوبه السابق ، ويطرح المذهبية ، والشغف بالاختصار والتعقيد ، والعناية بالألفاظ ، ويشق طريقاً جديداً متمشياً مع الحياة العملية ، متناولاً المشاكل العملية بالبحث العميق ، محاولا وضع الحلول الملائمة لها ، كما أن نواحي التأليف قد تعددت ، فبينما نجد المقارنة بين المذاهب الفقهية وبعضها ، إذ نجد المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية وبين التشريعات الوضعية ، بل لقد صاغوا الفقه الإسلامي في مواد قانونية ، على أبوابه ، وقاموا بشرح تلك المواد .

كذلك تطور القضاء في هذا العصر ، فصار القاضي يصدر حكمه على ضوء مجموعة من القوانين ، مستمدة من الفقه الإسلامي من غير تقييد بمذهب معين ، تيسيراً على الناس ، وتمشياً مع مصالحهم ، أما الأحكام التي لم تتناولها هذه المجموعة ، ولم يصدر بشأنها قانون ، فإن على القاضي أن يقضي فيها بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة .

مميزات هذا الدور :

يمتاز هذا الدور بمميزات ثلاثة :

١ – ظهور المجلة العدلية المسماة « مجلة الأحكام العدلية »

٢ – الاتجاه إلى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها ، وعدم التقيد بمذهب .

٣ – اتساع دائرة التقنين – ونوضح الأمور الثلاثة فيما يلي:

أولاً – المجلة العدلية :

حيث كانت الأحكام الشرعية منثورة في بطون الكتب الفقهية في كل مذهب ،

وكانت هذه الكتب متفاوتة في منهاجها ، فبعضها مختصر والآخر مطول ، كما هي مختلفة في تقييمها لتفاوت المكانة العلمية لمؤلفي تلك الكتب ، ثم هي ليست على درجة واحدة في استيعاب الأحكام العلمية ، والآراء المذهبية ، فقد يوجد في بعضها ما لا يوجد في الآخر ، فضلاً على تفاوتها في اللغة والأسلوب ، وعدم وجود أحكام كثيرة في مكان بحثها . بل تذكر في المناسبات الاستطرادية في غير أبوابها .

ومن جهة أخرى فإن كل مذهب اجتهادي لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة في المسألة الواحدة ، لاختلاف الروايات عن إمام المذهب ، أو اختلاف المخرجين لأحكام الحوادث الجديدة ، أو المرجحين للروايات ، وكل ذلك يجعل درجة اعتبار كتب المذهب مختلفة ومتفاوتة ، ويجعل البحث عن نصوص الأحكام الفقهية في تلك الكتب ، واستخلاصها ، والتعرف على درجه قوتها أو ضعفها يحتاج إلى قدرة خاصة ، ومرونة فقهية طويلة ، تصعب على الكثيرين .

لهذا في خلال تدوين القوانين العثمانية — والتي معظمها منقول عن قوانين الغرب — رأت الدولة العثمانية ، أن تدون أحكام القانون المدني من فقه المذهب الحنفي ، الذي كان مذهب الدولة الرسمي ، وبالفعل عينت في عام ١٨٦٩ م لجنة اسمتها « جمعية المجلة » مؤلفة من سبعة علماء ، برئاسة احمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية ، غايتها : تأليف كتاب في المعاملات الفقهية ، ليكون مضبوطاً ، سهل المأخذ ، عاريا من الاختلافات ، حاوياً للأقوال المختارة ، سهل المطالعة على كل واحد » وبعبارة أخرى ، كانت غاية الجمعية تميز القول الصحيح من الأقوال الكثيرة في المذهب الحنفي ، مع اعتبار تبدل المسائل المبنية على العرف والعادة .

وقد قطعت جمعية المجلة سبع سنوات لانجاز عملها ، فتم لها ذلك عام ١٨٧٦م ، ونشر باسم مجلة الأحكام العدلية ، وكانت كتب المجلة أثناء ذلك تنشر تباعا

حسب إنجازها بإرادات سنية متفرقة .

وتحتوي المجلة على ألف وثمانمائة واحدى وخمسين مادة ، مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتابا ، مرتبة مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية ، لكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسله كالقوانين الحديثة ، ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها ، وقد استمد معظم مقدمة المجلة من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ، وكتاب الجامع لأبي سعيد الخادمي ، وتتألف المقدمة من مائة مادة: الأولى في تعريف علم الفقه وتقسيمه ، والباقية في المبادىء العامة المعروفة بالقواعد الكلية .

أما الكتب الستة عشر التي احتوتها المجلة . فيبحث بعضها في العقود الخاصة ، وهي البيوع ، والإجارات ، والكفالة ، والرهن ، والأمانة ، والهبة ، والشركة ، والوكالة ، والصلح ، والإبراء ، والحوالة ، والشفعة ، ويبحث البعض الآخر في مسائل عامة تتعلق بالعقود كالحجر ، والإكراه ، أما الكتب الباقية : فتبحث في بعض مسائل البينات ، وأصول المحاكمة : وهي الدعوى ، والقضاء ، والإقرار ، والبينات ، والتحليف .

والمجلة مأخوذة بوجه عام عن كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي ، وعند تعدد الأقوال ، تختار القول الذي يكون موافقاً لحاجات العصر ، أما البعض الأخر وهو قليل ، فقد ترك ظاهر الرواية ، ورُجِّح فيه رأي بعض المتأخرين من الحنفية اتباعاً لتغير العرف – ولم تبحث المجلة في مسائل العبادات ، بل اكتفت بالأحكام القانونية من معلومات الفقه ، كذلك لم تحو المجلة النظرية عامة للالتزام ، ولكن يوجد معظم أحكام المسئولية الجرمية ، والضمان ، مبعثرة في المواد المتعلقة بالغصب ، والإتلاف ، وما شاكل ذلك .

وقد اتبعت المجلة أسلوب القوانين الحديثة ، من حيث ترتيب الأبواب

والفصول ، وتقسيمها إلى مواد مسلسلة ، لكنها تختلف عنها بذكر بعض التفصيلات والأمثلة في صلب المواد ، وسبب ذلك: أن المجلة كانت أول تدوين من نوعه في التشريع الإسلامي ، فآثرت أن تشرح البعض ليسهل فهمها وتطبيقها على القضاة والعلماء .

وتعتبر المجلة فتحاً جديداً في تاريخ تدوين الفقه الإسلامي ، وفي أسلوب دراسته ، ونمط التأليف فيه ، فقد أخذ الفقهاء منذ ظهورها يعنون بها ويشرحونها ، كما كان الفقهاء القدامى يشرحون المتون الشرعية ، متبعين في شروحهم ترتيب مواد المجلة لا الترتيب الفقهي ، وقد ظهر للمجلة شروح كثيرة : أهمها وأكبرها شرحاً هو : شرح على حيدر بالتركية ، الذي عربه الأستاذ فهمي الحسيني ، ومن الشروح المشهورة شرح سليم باز ، وهو شرح وجيز واضح ، كثير التداول ، كما أن من الشروح التي ظهرت أخيراً شرح الأتاسي ، وشرح المحاسني ، وغيرهما [١] .

ثانيا – اتساع التقنين

فقد اتسع في هذا العصر التقنين ، وصدرت قوانين كثيرة في المواضيع

---

١ ـ قد طبقت مجلة الأحكام العدلية من حين صدورها في تركيا وفي البلاد التي كانت تابعة للحكم العثماني باستثناء قلب الجزيرة العربية واليمن ومصر ، وبقيت نافذة المفعول في ليبيا حتى بدء سنة ١٩١٢ ، وكذلك بقيت في سائر تلك البلاد زمناً بعد الحرب العالمية الأولى ، ولكنها ألغيت فيها بعد ذلك تباعا ، فتركيا تركت الشرع الاسلامي في مسائل المعاملات ، وتركت المجلة وسائر القوانين العثمانية ، واستبدلت بها قوانين مترجمة حرفيا عن قوانين الغرب ، لاسيما سويسرا ، والمانيا وايطاليا ، ثم الغيت المجلة تباعا في البلاد العربية الأخرى التي كانت تطبقها ، ولم تعد نافذة اليوم بكاملها إلا في المملكة الاردنية الهاشمية مع تعديلات واضافات بقانون سنة ١٩٥١ المقتبس عن قانون حقوق العائلة والقوانين المصرية . وفيما عدا ذلك نص على تطبيق المذهب الحنفي .

المختلفة ، فشملت القوانين التجارية والقوانين العقارية ، وقانون الإجراءات والمرافعات . ولم يقتصر التقنين للفقه على الدولة العثمانية ، كما لم يقف عند حدود المسائل التي تناولتها المجلة ، أما مسائل الأحوال الشخصية فقد بقيت دون تدوين في المملكة العثمانية ، وذلك لكونها معقدة ، ومختلفة باختلاف الطوائف والملل ، فغير المسلمين كثيراً ما يطبقون قانونهم الكنسي في أحوالهم الشخصية ، على اعتبار أنها من توابع حرية العقيدة ، وظلّ الأمر كذلك حتى صدر قانون حقوق العائلة سنة ١٩١٧ ، متضمنا أحكام الزواج والفرقة للمسلمين ، والمسيحيين ، والموسويين ، بحسب شرائعهم وتقاليدهم – وهذا القانون وإن كان في الأصل على المذهب الحنفي بخصوص المسلمين ، إلا أنه مأخوذ في كثير من المسائل عن باقي المذاهب الإسلامية .

وقد قام الفقيه قدري باشا بعمل مجموعة من القوانين ، استقاها من المذهب الحنفي أيضاً ، مسترشداً بالمجلة العدلية ؛ فألف كتابه مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان في ٩٤١ مادة ، خاصة بالمعاملات ، وقد قامت الدولة المصرية بطبعه سنة ١٨٩٠ م ، كذلك قنن أحكام الوقف ، طبقا للمذهب الحنفي في ٦٤٦ مادة ، وأصدره تحت عنوان كتاب «العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف» وقد طبع هذا الكتاب أيضاً في سنة ١٨٩٣م ، ثم قنن أحكام الأحوال الشخصية : الهبة ، والحجر ، والإيصاء ، والميراث ، وغيرها في كتاب بلغت مواده ٦٤٧ مادة .

ولقد كانت هذه المجموعات الثلاثة التي ألفها قدري باشا عملا شخصياً له ، فلم يكن لها الصبغة الرسمية من الدولة ، إنما كانت من المراجع الصادقة ، التي أرشدت كل من تصدى للعمل الفقهي المقنن .

التقنين في العصر الحاضر :

قد اتجه المصلحون في العصر الحاضر ، إلى الاستفادة من المذاهب المختلفة في التشريع ، تيسيرا على الناس ، وتمشيا مع روح الشريعة التي تدعو إلى رفع الحرج ودفع الضرر عن الناس .

وكان أبرز من سعى إلى الرجوع بالفقه إلى مصادره الأولى ، ومحاربة الجمود على مذهب معين ، وكتب معينه ، السيد جمال الدين الأفغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق المتوفي سنة ١٨٩٨ م، ثم تبعه تلميذه حامل لواء النهضة من بعده الإمام محمد عبده ، واستمر محمد عبده وشيخه الأفغاني يعملان لتحقيق هذه الغاية ، وجاء من اعتنق مبادأهما ، فتعهدوا هذا المنهج الجديد، فتخلصت الأحكام التي يخضع لها نظام الأسرة من التقيد بمذهب معين ، أو قول فقيه . ففي أواخر سنة ١٩١٤ م تألفت لجنة من كبار العلماء المشرعين في مصر ، وكان من أعضائها شيخ الأزهر والمفتي ، وبعض كبار رجال القضاء الشرعي ، وأساتذة كليات الحقوق ، ومدرسة القضاء الشرعي ، فوضعت مشروعاً للأحوال الشخصية ، مقتبساً من المذاهب الأربعة ، ولكن قد ذهب هذا المشروع الذي أنفقت اللجنة في وضعه أكثر من سنتين ، ووضعت له المذكرة ليصدر العمل به . نعم ذهب هذا المشروع ، لأن بعض العلماء الرسميين رأوا أن فيه تلفيقاً[1] ، والتلفيق باطل بالإجماع ، وأن فيه تعديا على الشرع وإفساداً للأحكام الشرعية ، إلى غير ذلك مما قالوا ، فوقف المشروع ، وألقى به في

---

١ - هو تتبع المقلد رخص المذاهب فيأخذ من كل منها أسهلها ، وهو جائز شرعاً لكن بشرط ألا يؤدي التقليد إلى عمل لا يقول بصحته أحد من المجتهدين كما اذا اتبع المقلد مذهب أبي حنيفة في أن لمس المرأة لا ينقض الوضوء ، واتبع مذهب الشافعي في أن خروج الدم من البدن لا ينقض الوضوء ، فإن توضأ ولمس المرأة وخرج منه الدم ثم صلى بوضوئه فإن صلاته غير صحيحة على قول الحنفى والشافعي .

سلة المهملات بعد هذا المجهود العظيم [١].

لكن المطالبة بالإصلاح بعده اشتدت ، وضعفت روح المعارضة مع الزمن ، فرأى القائمون في مصر على القضاء الشرعي أنه صار ضرورياً السير في الإصلاح الموضوعي تدريجياً ، وأنه لا معنى مطلقاً للتحجير على الناس بالتزام مذهب أبي حنيفة وحده ، ولذلك صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠—وكان أول قانون قرر أحكاماً في مسائل مختلفة من غير مذهب أبي حنيفة ، وإن كان لم يخرج عن المذاهب الأربعة ، وفي الحق أن هذا القانون قد اعتمد كل الاعتماد على مذهب الإمام مالك بن أنس فيما جاء فيه من أحكام ، في أكثر أحكامه.

ثم بعد ذلك سار المصلحون خطوة ثانية جريئة ، فصدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وجاء في بعض مواده بأحكام موضوعية من غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وبهذا اقتحمت آخر عقبة كانت في سبيل التحرر الفقهي [٢] — وبعد ذلك وافق مجلس الوزراء المصري في ديسمبر ١٩٣٦ على ما رأته وزارة العدل من تكوين لجنة لوضع قانون يتناول أحكام الأسرة كلها ، ويكون مستقى من الفقه الإسلامي ، من غير تقيد بمذهب واحد ، أو مذاهب معينة من المذاهب الإسلامية ، فأصدرت اللجنة قانون الميراث وصدر به القانون رقم ٧٧ لسنة لسنة ١٩٤٣ [٣] — كما أصدرت قانون الوقف ، وصدر به القانون رقم ٤٨ لسنة

---

١ ـ انظر مجلة مصر المعاصرة المجلد السادس والعشرين ص ٣٤٧ ففيه بيان موجز لأحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد ابراهيم .

٢ ـ من أهم القواعد التي جاء بها هذا القانون أنه ألغى تعليق الطلاق بالشرط ، واعتبر الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد طلقة واحدة عملا برأي ابن تيمية .

٣ ـ من المسائل التي غاير فيها القانون ما كان عليه العمل : توريث الاخوة والاخوات الأشقاء أو لأب مع الجد الصحيح بعد أن كان حاجباً لهم ، كما اعتبر القانون التسبب في القتل مانعاً من الارث دون القتل الخطأ وما جرى مجراه بعكس ما كان عليه العمل ، كذلك اشتمل على الرد على أحد الزوجين بما بقي بعد فرضه إذا لم يوجد للمتوفي أي قريب يرثه ، فهو أولى بما بقي من العاصب السببي .

١٩٤٦ ، ثم أصدرت القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالوصية وأحكامها .

وأخيراً رؤي من الضروري تقنين الأحوال الشخصية ، حين ألغيت المحاكم الشرعية ، وضم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية ، وانتهت اللجنة المؤلفة أخيراً لذلك بمشروع قانون لا يزال موضع النظر ، ولم يصدر حتى كتابة هذه السطور .

ثالثاً : الاتجاه إلى فقه المذاهب كلها :

تميز هذا العصر بالتوسع في الاتجاه نحو الأخذ بفقه المذاهب ، كما يشعر بذلك ما جاء في تقرير لائحة الأسباب الموجبة التي صدرت بها المجلة ، من بحث الجمعية التي قامت بوضعها عن مذهب ابن شبرمه في اعتبار الشروط مطلقاً في العقود ، وبعد المناقشة رؤي الاقتصار على المذهب الحنفي في الشروط لتوسطه ، ولعدم الحاجة في نظرهم إلى الأخذ بمذهب ابن شبرمه ، لأن الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصحح كل شرط جرى عليه العرف .

وإذا كانت هذه المذاهب الفقهية ما دون منها وما لم يدون ، إنما نقلت آراء أصحابه في كتب الاختلاف الفقهي نقلاً صحيحاً ، فإن نسبتها إلى الشريعة الإسلامية متساوية ، ومعنى هذا أن آراء فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم كابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، ومكحول ، والأوزاعي ، والحسن البصري ، وسعيد بن جبير وغيرهم ، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وابن حنبل .

فلهذا لم يكن من المحتم أن يتمسك بمذهب أحد المجتهدين بكامله ، بل يمكن أن يؤخذ من قواعد كل مذهب ما يتناسب مع مصالح الزمن ، فإن ما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته يوجد في مذهب آخر سعة — وقد رأى بعض المفكرين من علماء العصر الحاضر أن مجموعة المذاهب الاجتهادية ، يجب أن

تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة الإسلامية ، وأن المذاهب الفردية كالحنفي والمالكي والشافعي تعتبر كالأقوال والآراء المختلفة في المذهب الكبير ، وعلى علماء الأمة أن يرجحوا ويختاروا من تلك الآراء للتقنين ،ما هو أوفى بالحاجة، وما تقتضيه المصلحة في كل زمان ومكان ، وهذا رأي سديد جدير بالاعتبار[1].

على أنه من المستحسن ألا يقصد بتوحيد المذاهب جعلها مذهباً واحداً ، بل يقصد منع التقليد الأعمى ، والتعصبات المذهبية ، والسعي للتقريب بين المذاهب المختلفة وبين أتباعها ، حتى يحصل الاقتباس المتبادل عند الاقتضاء .

---

١ ـ صدر في سوريا سنة ١٩٥٣ قانون الأحوال الشخصية جامعاً لجميع أحكام الأسرة من زواج وأهلية ، ووصية وميراث ، وقد استمد أحكامه من الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه وآرائه، فكان أول قانون كامل من نوعه في العالم الاسلامي كلـــه بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وبما تضمنه من أحكام إصلاحية ، وخطوات تقدمية في ضمن حدودالشريعةالاسلامية. كما كان هذا القانون خير برهان على ما في الفقه الاسلامي بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفاية ، وقابلية للاستجابة إلى شتى حاجات التشريعات الزمنية .

الباب الثاني

أهم المذاهب الفقهية

مقدمة :

قدمنا أن المذاهب الفقهية نشأت في دور الكمال والنضج ، أي في المرحلة التي تبدأ من أوائل القرن الثاني الهجري تقريباً ، إلى منتصف القرن الرابع .

ولم يكن الخلاف بين المذاهب المختلفة ،خلافاً على المبادىءوالتعاليم الأساسية ، بل كان بوجه عام واقعاً على الفروع ، بمناسبة تطبيق المبادىء على القضاياالعملية ، ويمكن أن يعتبر اختلاف المذاهب شبيهاً باختلاف المحاكم اليوم في تفسيربعض النصوص ، أو القواعد عند تطبيقها ، على الدعاوى المعروضة عليهم .

ومن الأمور الظاهرة في أكثر المذاهب ، أن الطريقة التي اتبعها الفقهاء في اجتهادهم واستدلالهم ، هي الطريقة التحليلية فيما يتعلق بالنصوص ، والطريقة الاستقرائية فيما لم ينص عليه ، أي أن الفقهاء كانوا يأخذون النص كقاعدة ، ثم يفسرونه ويحللونه ويستخرجون منه النتائج والفروع ، أما إذا لم يكن في المسألة نص ، فإنهم كانوا حذرين يقظين ، يخافون من وضع القواعد العامة ، لئلا يصطدموا بالنصوص ، فكانوا يدرسون القضية التي تعرض عليهم ، ويجتهدون في استنباط الحل اللازم بالقياس أو الإجماع أو غير ذلك من الأدلة الشرعية .

وإذا ظهر أن اختلاف المذاهب بوجه عام كان اختلافاً في تطبيق القاعدة

على القضايا العملية ، واتضح أن الخلاف بين أهل السنة وأهل الشيعة ، كان في أساسه سياسياً من جهة أخرى ، كان من اللازم ، أن نستنتج أن التقارب بين المذاهب الإسلامية أمر موافق لروح الشريعة الإسلامية ، فالإسلام توحيد واتحاد ، وأخوة وتسامح ، وهو لا يعرف التفرقة بين الناس ، كما لا يعرف التحزب الديني ، بل لقد نهى الله عن ذلك في كتابه الكريم ، فقال تعالى : « إنَّ الذِّينَ فَرَّقُوا دِينَهم وَكانُوا شِيَعاً [1] ، لَسْتَ مِنْهُمْ في شَيْءٍ » .

وأهم المذاهب الفقهية : مذاهب أهل السنة التي كتب لها البقاء ، وخلدت مع الزمن ، وظل العمل قائماً بها للآن ، وهي أربعة مذاهب: المذهب الحنفي، والمذهب المالكي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ، وهي مذاهب متقاربة لأنها تعتمد على القرآن والسنة ، وإنما اختلفت في مدى أخذها بالرأي في الفقه ، فكان أبو حنيفة يعطي للرأي مجالاً واسعاً ، بينما الأئمة الثلاثة يأخذون به على نطاق يتسع قليلاً ويضيق كثيراً .

كما أن من المذاهب الباقية إلى اليوم مذاهب الشيعة وهي « الزيدية ، والإمامية ، والاسماعيلية » ، وهناك مذاهب اندثرت : كمذهب الأوزاعي ، والثوري ، والليث بن سعد ، والمذهب الظاهري ، ومذهب الطبري .

كما يوجد المذهب الدرزي ، والمذهب الإباضي الذي يدين به بعض من يسمون بالخوارج في جهات قليلة جداً من العالم الإسلامي .

---

١ ـ ليس المراد بالشيع (أهل الشيعة) بل الأحزاب التي فرقت دينهم .



الفصل الاول

المذاهب السنية الخالدة

١ – المذهب الحنفي

صاحب هذا المذهب هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت التَّيْمي الكوفي [١]، وكان جده مملوكاً لبني تيم الله بن ثعلبة ، ثم أعتق فصار ولاؤه لهم ، وقد عرف بالإمام الأعظم لعلمه الوافر ، ولد في الكوفة سنة ٨٠ هـ وعاش بها أكثر حياته، وقد بدأ حياته العلمية يدرس علم الكلام ، ثم تعلم فقه مدرسة الكوفة ، عن شيخه حماد بن أبي سليمان المتوفي سنة ١٢٠ هـ – وكان إلى جانب حياته العلمية خزّازاً [٢] ، فأكسبه علم الكلام واحتراف التجارة مقدرة واسعة على تحكيم الرأي والمنطق ، وعلى تطبيق الأحكام الشرعية على القضايا العلمية ، وعلى التوسع فيها بطريق القياس والاستحسان ، فلذا سمي مذهبه بمذهب أهل الرأي . وقد روي عنه أنه قال : « علمنا هذا رأي ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن قدر على غير ذلك فله ما رأى ولنا ما رأينا » [٣] – وقد جالس أبو حنيفة العلماء ، وأخذ عنهم ، ولزم شيخه حماد بن ابي سليمان نحواً من ثماني عشرة سنة ، الذي تلقى الفقه عن ابراهيم النخعي والشعبي ، وعنهما أخذ فقه شريح القاضي، وعلقمة ابن قيس، ومسروق بن الأجدع ، وأولئك تلقوا العلم عن الصحابيين الجليلين عبد الله بن مسعود ، وإمام الهدى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وحين توفي حماد بن سليمان ، جلس أبو حنيفة مجلسه ، وتوسط حلقته ، وأفاض في درسه ،

---

١ – أصله من الكوفة ، إلا أن الخليفة المنصور العباسي استقدمه إلى بغداد حيث مات بها، انظر تاريخ بغداد للخطيب حـ ١٣ ص ٣٢٤ .

٢ – بيع الخز وهو نسيج من صوف وابريسم (انظر قاموس لسان العرب عن الاثير).

٣ – الملل والنحل للشهرستاني بهامش ابن حزم حـ ٢ ص ٣٩ – (٢) تاريخ بغداد حـ ١٣ ص ٣٤٠ .

وكان شديد العطف على تلاميذه ، يواسيهم ، ويمدهم بما يحتاجون إليه من مال ، حسن التخلص ذا فطنة وذكاء ، كما كان هادىء النفس ضابطاً لها ، حاضر البديهة ، واسع الحيلة ، حسن التصرف ، ينفذ إلى ما يريد من أيسر الطرق وأسهلها ، ومع ذلك كان فذاً في الورع والخوف من الله ، يذكر الخطيب عن الفضيل بن عياض أنه قال : « كان أبو حنيفة رجلاً فقيهاً ، معروفاً بالفقه ، مشهوراً بالورع ، واسع المال ، معروفاً بالأفضال على كل من يطيف به ، صبوراً على تعليم العلم بالليل والنهار ، حسن القول ، كثير الصمت ، قليل الكلام ، حتى ترد مسألة في حلال أو حرام ، فكان يحسن أن يدل على الحق ، هارباً من مال السلطان[1] » .

بلغ من ورع أبي حنيفة ، وامتناعه عن طلب الجاه والدنيا وزينتها ، أن أراده على القضاء بالكوفة يزيد بن عمر بن هبيرة ، عامل مروان بن محمد على العراق زمن بني أمية ، فرفض وكان أن ناله لذلك عذاب شديد ، ولما خشي ابن هبيرة أن يموت الإمام فيكون موته سبة إلى الأبد على الحكم الأموي ، اضطر إلى إخلاء سبيله ، فركب أبو حنيفة قاصداً بيت الله الحرام وظل مجاوراً له ، ساكناً حرمه الآمن إلى أن استقام الأمر للعباسيين ، فعاد إلى الكوفة ، وفي عهد العباسيين استحضره أبو جعفر إلى بغداد ، وعرض عليه أن يوليه القضاء ، فرفض أبو حنيفة أيضاً ، فحبسه وعذبه وأمر بضربه كل يوم عشرة أسواط حتى أشرف على الهلاك وتوفي سنة ١٥٠ هـ .

ويذهب المرحوم الشيخ الخضري إلى أن السبب الأول والحقيقي لهذه الفعلة من ابن هبيرة كان الرغبة في امتحان الإمام ، ليتبين مقدار ولائه للدولة القائمة بالحكم ، وبخاصة أنه قد كان من العلماء من يعرض عن مناصب الدولة إذا لم يكن

---

(١) تاريخ بغداد حـ ١٣ ص ٣٢٦ ، تذكرة الحفاظ للذهبي حـ ١ ص ١٦٠ ، مفتاح السعادة حـ ٢ ص ٧٩ فأين هذا من تهافتنا الان نحن رجال الدين ، على التقرب لاصحاب السلطان وطلب المال ومتع هذه الحياة الدنيا .

محباً للحكم ، حتى لا يعتبر قبوله تأييداً لها ، وقد كانت هناك في ذلك العصر ثورات على الأمويين من طلاب الخلافة ، وإلا فالصالحون للقضاء في عصر أبي حنيفة كانوا كثيرين، ومنهم طبعاً من كان لا يرغب عنه ، ولهذا نرى أبا جعفر المنصور وهو يعرض على أبي حنيفة القضاء ، ويرى منه الإباء يسأله قائلاً : أترغب عما نحن فيه [1] » فكان الغرض من عرض القضاء محنة المعروض عليه ، ويقال إن أبا حنيفة أبى تولى القضاء ، لاعتقاده أن تولى المناصب في الحكومة يجر إلى الهلاك ، ويعرض الدين والكرامة للخطر .

وكان طبيعياً أن يكون بين أبى حنيفة وبين معاصريه ، من كبار رجال الحديث والفقه شيء من الوحشة ، ومرجع ذلك اختلاف نزعة أهل الحديث ، ونزعة أهل الرأي ، فإنه كان إمام أهل الرأي ، وقد يكون للتنافس الذي يحدث عادة بين المتعاصرين من العلماء ، إلا أن مؤرخي هؤلاء الأعلام يحكمون دائماً بالتفوق لأبي حنيفة ، يذكر الخطيب البغدادي عن بعض من روى عنهم أنه قال: « كان نعم الرجل نعمان ما كان أحفظه لكل حديث فيه فقه ، وأشد فحصه عنه ، وأعلمه بما فيه من الفقه [2] » .

فقه أبي حنيفة وأصوله :

كانت طريقة أبي حنيفة في الاستنباط تعتمد الأصول الآتية :

١ – **كتاب الله تعالى** فهو أصل الأصول ، ومصدر المصادر .

٢ – **سنة رسول الله** فهي المبينة لكتاب الله ، المفصلة لمجمله ، وقد عرف أبوحنيفة بالتشدد في قبول الحديث ، فكان لا يقبل خبراً عن رسول الله إلا إذا

---

(١) تاريخ بغداد ﺣ ١٣ ص ٣٢٨ ، تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٢٣١ .

(٢) تاريخ بغداد ﺣ ١٣ ص ٣٣٩ .

رواه جماعة عن جماعة ، أو رواه واحد عن رسول الله في جمع من الصحابة فلم يخالفه أحد ، لأن ذلك يدل على إقرارهم له . ولم يقبل الأحاديث الآحادية إلا إذا كان راويها ثقة ثبتاً ، تتوفر فيها شروط اشترطها ، وسيأتي بيانها عند الكلام عن السنة

٣ – **الاجماع** : ٤ – **أقوال الصحابة**، لأنهم هم الذين عاينوا التنزيل، وعرفوا المناسبات ، وكان من مبدئه إعمال رأيه فيما يروى عن الصحابة من أقوال ، وعدم الاعتداد بأقوال التابعين ، إلا أن توافق اجتهاده .

٥ – **القياس** ، وذلك إذا لم يكن في الكتاب أو السنة أو أقوال الصحابة نص في المسألة ، وقد بلغ أبو حنيفة في القياس مبلغاً كبيراً ، فكان يبحث عن العلة : فإذا وصل إليها ، أخذ يختبرها ، ويفرض الحوادث ، ويقدر الوقائع التي لم تقع ، ليطبق عليها العلة التي توصل إليها ، ويعطيها حكمها .

٦ – **الاستحسان** : وهو الخروج عن مقتضى القياس الظاهر إلى حكم آخر خالفه دل عليه نص أو إجماع أو عرف[1].

وقد ضرب الفقه الحنفي بسهم وافر في الحيل الشرعية ، وليست من باب التحايل على إبطال الحق ، أو أكل مال الناس بالباطل ، إنما هي استخراج فقهي للخروج من مأزق ، مع عدم التعدي على أحد في ماله أو نفسه ، فالذي باشره الحنفية من الحيل إنما هو من الحيلة الجائزة شرعاً، روى أن الأعمش حلف بطلاق

---

(١) أوضح أبو حنيفة طريقته في استنباط الأحكام الفقهية فقال : « إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التي فشت على أيدي الثقات ، فإذا لم أجد في كتاب الله ، ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخذت بقول أصحابه من شئت وادع قول من شئت ، ثم أخرج من قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى ابراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب (يريد المجتهدين أمثاله) فلي أن أجتهد ، كما اجتهدوا ، راجع التشريع الاسلامي للخضري ص ٢٣١ .

امرأته إن أخبرته بفناء الدقيق ، أو كتبت به ، أو راسلته ، أو ذكرت لأحد ليذكره له ، أو أومأت في ذلك ، فسألت أبا حنيفة ، فاحتال لمخرج لهذا فقال لها : إذا انتهى الدقيق ، فشدى جراب الدقيق على إزاره أو ثوبه ، وهو نائم ، فإذا أصبح أو قام من الليل علم بفناء الدقيق .

ولم يعرف عن أبي حنيفة أنه ألف كتاباً في الفقه ، وكل ما نقل أو نسب إليه إنما هي رسائل صغيرة كرسالته المسماة بالفقه الاكبر[٢] ورسالة العالم والمتعلم، ورسالته إلى عثمان البتي المتوفي سنة ١٣٢ هـ ، ورسالته في الرد على القدرية . وواضح أنها في محيط علم الكلام أو المواعظ . وقد روى عنه تلاميذه وأصحابه مسانيد عديدة في الحديث ، وصلت إلى خمسة عشر مسنداً[٢] ، جمعها قاضي القضاة أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي (المتوفي سنة ٦٥٥ هـ) في مجلد واحد أسماه جامع المسانيد، ولهذا يقول ابن خلدون قيل عن أبي حنيفة إن روايته للحديث بلغت فقط سبعة عشر حديثاً أو نحوها[٣] .

اصحاب أبي حنيفة :

نقلت أقوال أبي حنيفة إلينا على يد أصحابه وتلاميذه ،وأشهر هؤلاء أربعة، هم أبو يوسف ، وزفر بن الهذيل بن قيس ، ومحمد بن الحسن ، والحسن بن زياد، وبواسطتهم اشتهر المذهب الحنفي ، وخاصة أبو يوسف ومحمد المعروفان بالصاحبين[٤] ، وقد ساعدا على تخليد المذهب، فلم يندثر كما اندثرت مذاهب كثيرة من الفقهاء الذين عاصرهم أبو حنيفة ، أو سبقوه .

---

(١) هذه الرسالة في العقائد تقع في بضع صفحات ، وقد شرحها ملا على القاريء ،وطبعت مع الشرح بمطبعة التقدم بمصر سنة ١٣٢٣ هـ .

(٢) راجع هذه المسانيد في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور على عبد القادر حـ١ ص ٢٢٢ .

(٣) المقدمة ص ٣٨٨ .

(٤) يقال الشيخان لأبي حنيفة وأبي يوسف ، ويقال الطرفان لأبي حنيفة ومحمد ، راجع الفوائد البهية لمحمد اللكنوى الهندي ـ ط مصر ١٣٢٤ هـ ص ٢٤٨ .

١ – أبو يوسف :

يعقوب بن ابراهيم الأنصاري الكوفي ، ولد عام ١١٣ هـ وتوفي عام ١٨٢هـ ، تولى القضاء في بغداد ، ثم في خلافة هارون الرشيد قلد منصب قاضي القضاة ، فكان يأمر بتولية القضاة في جميع أنحاء الدولة العباسية . فساعده ذلك على نشر مذهب الأمام أبي حنيفة من الناحية العملية ، وكان أبو حنيفة يمده بالمال والنفقة اللازمة من آن لآخر لكونه فقيراً ، وكان أفقه أصحابه ،ظاهر الفضل بين أهل عصره ، فهو أول من وضع أصول الفقه على مذهب الإمام ، وأملى المسائل ، وبث علم الإمام في أقطار الأرض [١] .

ومع اتصاله بأبي حنيفة اتصال التلميذ بالأستاذ ، وأخذه الفقه عنه ، كان بلا شك مجتهداً ، فخالف إمامه في مسائل أو مواضع ، ومما يدل على أن أبايوسف كان له رأي خاص أحياناً في المسائل ، ما قاله الخطيب البغدادي : « ماخالفت أبا حنيفة في شيء قط ، فتدبرته إلا رأيت مذهبه الذي ذهب إليه أنجى في الآخرة [٢] .

والسبب في تلك المخالفة : ما أخذه عن بعض رجال الحديث الذين اتصل بهم من أحاديث صحت لديه ، كذلك الفتاوى التي أوجبتها مشاكل القضاء .

وقد رحل أبو يوسف إلى المدينة ، ولقي مالكاً وناظره ، وأخذ عنه الحديث والفقه ، ورجع عن بعض آرائه إلى قول مالك والحجازيين ، وينقل عنه أنه قال عندما حضرته الوفاة : « كل ما أفتيت به فقد رجعت عنه ، ألا ما وافق الكتاب والسنة » وفي لفظ آخر إلا ما في القرآن ، واجتمع عليه المسلمون »ولا عجب في ذلك فقد كان أكثر أصحاب الرأي حديثاً وأثبتهم

---

(١) انظر مفتاح السعادة حـ ٢ ص ١٠٢ ، شذرات الذهب حـ١ ص ١٣٠ .

(٢) تاريخ بغداد حـ ١٣ ص ٣٤٠ .

٢ ـ محمد بن الحسن :

هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني [١] . ولد بواسط أثناء سفر والده ضمن الجند من الشام إلى العراق سنة ١٣٢ هـ ، ونشأ بالكوفة ، ثم انتقل إلى بغداد حاضرة الدولة والعلم في ذلك العصر ، وقد حضر مجلس أبي حنيفة ، إلا أنه لم يصاحبه طويلاً ، فقد مات أبو حنيفة وعمر محمد ثمان عشرة سنة ، كما كان تلميذاً لأبي يوسف . ورحل إلى المدينة ، ودرس على مالك ثلاث سنين ، وروى عنه الموطأ ، وكذلك أخـذ عن الثوري والأوزاعي ، وهكذا تطعم بآراء أهل الحديث . وبلغ من نبوغه بين معاصريه أن صار مرجع أهل الرأي والقياس ، في حياة أبي يوسف ، قال عنه ابن العماد الحنبلي : « كان من أذكياء العالم » ، وقد أعانه على النبوغ مافطر عليه من عقل ألمعي ، وفطنة عالية ، كما قال عنه الرشيد يوم موته : « دفنت العربية والفقه بالري اليوم [٢] وقد قابله الشافعي ببغداد ، وقرأ كتبه ، وناظره في كثير من المسائل ، وجرت بينهما مناظرات مدونة ممتعـــة ، ومعظمها من رواية الشافعي نفسه ، أو رواية أصحابه [٣] . وكانت وفاة محمد بالرّي سنة ١٨٧ هـ ، وكان قد ذهب إليها مع الخليفة الرشيد في رحلة إلى خراسان ».

٣ ـ زفر بن الهذيل :

وهو زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ ، كان من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأي لصلته بإمامه أبي حنيفـة ، وكان أقيس أصحابه ، ولذا قالوا : إن أبا يوسف اتبع أصحاب أبي حنيفة للحديث ، ومحمد أكثرهم تفريعاً ، وزفر أقيسهم ، وكان زفر عابداً زاهداً ثقة مأموناً ،

---

(١) نسبة إلى شيبان بالولاء (٢) شذرات الذهب حـ ١ ص ٣٢١ ، يريد بذلك أن الفقه دفن بموت محمد بن الحسن ، والعربية دفنت بموت شيخ القراءات والنحو أبي الحسن الكسائي فقد ماتا في يوم واحد . (٣) يقول الشافعي ثناء على محمد : « انه كان يملأ القلب والعين » كماقال: « ما رأيت أحداً أعلم بكتاب الله من محمد كأنه عليه نزل » .

مقبلاً على العلم طلباً وتعليماً ونشراً ، وظل كذلك حتى مـات ، ويعتبر أقدم أصحـاب أبي حنيفة موتاً . وكانت وفاته بالبصرة ، وليس في بيته ما يقوّم بثلاثة دراهم ، لأنه كان يقول : لا أخلف بعد موتي شيئاً أخاف عليه الحساب [1] .

٤ ـ الحسن بن زياد :

هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي المتوفي سنة ٢٠٤ هـ ، مولى الأنصار ، وهو من تلاميذ أبي حنيفة أولاً ، ثم تتلمذ على الصاحبين (أبي يوسف ومحمد) ، إلا أن درجته في الفقه ، لم تبلغ مطلقاً درجة أكبر من هذين ، وقد صنف الكتب في مذهب أبي حنيفة ، ولكن كتبه وآراءه ليس لهما من الاعتبار ما لكتب محمد وآرائه ، ودرجته عند أهل الحديث نازلة . وقد كان ابن العماد الحنبلي يقول عنه إنه كان « رأساً في الفقه » .

هؤلاء الأصحاب الأربعة هم الذين انتشر بهم مذهب العراقيين ، وتلقـاه الناس عنهم ، وكان لأبي يوسف ومحمد مكانة خاصة عند بني العباس جعلت لأقوالهم مزية وتقدماً على قول غيرهم من أهل الحديث ، فكان لهم الفضل الأكبر في وضع مسائل الفقه والإجابة عنها ، ولم تكن نسبتهم إلى أبي حنيفة نسبة المقلد ، إلى المقلد ، بل نسبة المتعلم إلى المعلم ، مع استقلالهم بما يفتون به ، فلم يكونوا يقفون عندما أفتى به استاذهم ، بل يخالفونه إذا ظهر لهم ما يوجب الخلاف ، ولهـذا تجد كتب الحنفية تورد أقوال الحنفية الأربعة بأدلتها ، وربما يكون في المسألة الواحدة أربعة أقوال لأبي حنيفة قول ، ولأبي يوسف قول ، ولمحمد قول ، ولزفر قول حسبما يظهر لهم من الآثار أو المعاني ، وقد حاول بعض الحنفية أن يجعل أقوالهم المختلفة أقوالاً للإمام رجع عنها ، ولكن هذه غفلة شديدة عن تاريخ هؤلاء الاصحاب ،

---

(١) مفتاح السعادة حـ ١ ص ١١٤ ، شذرات الذهب حـ ١ ص ٢٤٣ .

بل غفلة عما ذكر في كتبهم [1] . فإنه لو كان الأمر كما قالوا لم يكن ما رجع عنه الامام أبو حنيفة من الآراء مذهباً له ، كما أن من الثابت أن أبا يوسف ومحمداً رجعا عن آراء كثيرة رآها إمامهم لما اطلعوا على ما عند أهل الحجاز من الحديث .

تدوين المذهب الحنفي :

يرجع الفضل في تدوين هذا المذهب إلى مؤلفات وصلت إلينا ، تعتبر المعين الذي لا ينضب له إلى محمد بن الحسن ، وأبي يوسف ، فليس بأيدي الأحناف من كتب الأولين إلا الكتب التي دونها هذين .

أما أبو يوسف فله مؤلفات كثيرة في المذهب ، وهو أول من دون الكتب في المذهب إلا أن بعضها اندثر بفعل الزمن ، وبسبب إهمال المسلمين في المحافظة على تراثهم العلمي ولم تبق إلا الكتب الآتية :

١ ــ رسالته في الخراج ، التي كتبها للخليفة الرشيد ، وهي من الآثار القيمة التي وضع فيها أبو يوسف نظاماً مقرراً ثابتاً لمالية الدولة الإسلامية ، وقد طبعت هذه الرسالة مستقلة بمصر مرتين .

٢ ــ كتاب الآثار ، وقد رواه يوسف عن أبيـــه ، ويجمع طائفة كبيرة من فتاوى التابعين من فقهاء العراق .

٣ ــ كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، وقد روى هــذا الكتاب الإمام الشافعي في كتابه المسمى بالأم [2] ، وفيه جمع مواضع الخلاف بين

---

(١) فإن أبا يوسف يحكي في كتاب الخراج ، رأى أبي حنيفة ، ثم يذكر رأيه مصرحاً بأنه يخالفه ، ويبين سبب الخلاف ، كذلك يفعل في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي فإنه أحياناً يقول برأي ابن ليلى بعد ذكر الرايين . وكذلك محمد يحكي في كتبه أقوال الامام وأقوال أبي يوسف وأقواله .

(٢) روى هذا الكتاب أولا عن أبي يوسف صاحبه محمد بن الحسن . ثم رواه الشافعي في كتابه الأم الجزء السابع ص ٨٧ ــ ١٥٠ الطبعة الأميرية بالقاهرة عام ١٣٢٦ هـ .

أبي حنيفة وابن أبي ليلى القاضي المتوفي سنة ١٤٨ هـ، وانتصر لآراء أبي حنيفة .

٤ - كتاب الرد على سير الأوزاعي ، وهو كتاب بيّن فيه أبو يوسف اختلاف الأوزاعي في العلاقات بين المسلمين وغيرهم في حال الحرب ، وما يتبع في الجهاد، وقد انتصر فيه لآراء العراقيين .

أما كتب أبي يوسف التي اندثرت : فمنها كتب في الأصول والأمالي، كتاب الصلاة ، وكتاب الزكاة ، وكتاب الصيام ، وكتاب الفرائض ، وكتاب البيوع، وكتاب الحدود ، ومنها كتاب اختلاف الأمصار ، وكتاب الرد على مالك ابن أنس ، وغير ذلك[١] .

كذلك قام محمد بن الحسن بتدوين الكتب المعتمدة في المذهب ، وبتفريع المسائل وخاصة في باب الإرث والفرائض ، واشتهر بتحليل القضايا .

وان الكتب التي دونها الإمام محمد على نوعين : الأولى ما نقلها عنه الرواة الثقات وتسمى كتب **ظاهر الرواية** ، أو مسائل الأصول ، والثانية ما لم تأت برواية الثقات وتسمى كتب أو مسائل النوادر ، فهذه ليس لها ما للأولى من الشهرة والقبول .

وكتب **ظاهر الرواية ستة** ، وهي : المبسوط أو الأصل[٢] ، والجامع الكبير[٣] ، والجامع الصغير[٤]، وكتاب السير الكبير ، وكتاب السير الصغير ،

---

(١) انظر الفهرست لابن النديم ص ٢٨٦ .

٢ - هو أطول وأهم كتب محمد ، وقد ظهر عن مطبعة جامعة القاهرة جزء واحد منه سنة ١٩٥٤ بتحقيق وتعليق الدكتور شفيق شحاته .

٣ - طبع هذا الكتاب بحيدر أباد الهند .

٤ - هذا الكتاب مطبوع على هامش كتاب الخراج لأبي يوسف طبعة بولاق سنة ١٣٠٢ .

والزيادات ، وهذه الكتب الستة تجدها في كتاب الكافي[1] بعد حذف المكرر من المسائل فيها ، لأبي الفضل المرْوزي المعروف بالحاكم الشهيد ، والمتوفي سنة ٣٤٤ هـ ، ثم شرح الكافي في كتاب المبسوط شمس الأئمة محمد بن أحمد السَّرخَسِي ، المتوفي في أواخر القرن الخامس في ثلاثين جزءاً .

أما كتب أو مسائل النوادر : التي رويت عن الإمام محمد فهي : كتاب أمالي محمد في الفقه ، أو الكيسانيات « نسبة إلى راويها شعيب الكيساني » — وكتاب الرقيات وهو يحوي المسائل التي عرضت على محمد حينما ولاه الرشيد قضاء الرقة — والهارونيات ، والجرجانيات وكتاب المخارج في الحيل ، وزيادة الزيادات ، وكتاب نوادر محمد برواية ابن رستم .

وتعتبر من مسائل النوادر أيضاً الكتب الأخرى التي رويت عن أصحاب المذهب ، ككتاب المجرد لأبي حنيفة برواية تلميذه الإمام الحسن بن زياد ، وأيضاً لمحمد بن الحسن كتاب الرد على أهل المدينة[2] وكتاب الآثار[3] .

ولم يقف التدوين للمذهب الحنفي عند ما كتبه التلاميذ المباشرون لأبي حنيفة ، بل قام تلاميذ الأصحاب وتلاميذهم بتآليف كتب كثيرة ، مثل كتب الفتاوى والواقعات التي اجتهد فيها المجتهدون المتأخرون حيث لم يجدوا رواية عن السلف ، وككتاب النوازل لأبي الليث نصر السمرقندي .

انتشار المذهب الحنفي :

كان المذهب الحنفي أكبر المذاهب حظاً من جميع المذاهب الأخرى ، فقد

---

١ - هذا الكتاب مخطوط في مكتبة دار الكتب المصرية .

٢ — رواه الشافعي في كتاب الام حـ ٧ ص ٢٧٧ - ٣٠٣ بعنوان الرد على محمد بن الحسن.

٣ — طبع هذا الكتاب لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدر آباد .

كان المذهب الغالب في العراق أيام العباسيين ، لإيثارهم إياه في القضاء ، كما كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية ، وعنه أخذت مجلة الأحكام العدلية ، وكان أيضاً مذهب الإمارة في تونس قبل إلغائها .

ولا يزال المذهب الحنفي إلى اليوم مذهب الفتيا والقضاء الشرعي في البلاد التي خضعت للحكم العثماني ، كمصر وسوريا ولبنان والأردن والعراق ، كما أنه المذهب الغالب في تركيا بالنسبة لمسائل العبادات، وكذلك هو المذهب السائد في البلقان والقوقاز وأفغانستان وباكستان وتركستان وآسيا الوسطى ، وعند مسلمي الهند والصين ، وله أتباع كثيرون في كثير من البلدان ، ويؤلف أتباعه أكثر من ثلث المسلمين في العالم، ويقدر عددهم بمائة وثمانين مليوناً تقريباً . كما يوجد بأمريكا الجنوبية حوالي ٢٥ الف مسلم حنفي .

٢ ـ المذهب المالكي

هو مالك بن أنس بن أبي عامر ينتهي نسبه إلى ذي أصبح من اليمن ، قدم أحد أجداده إلى المدينة وسكنها ، وجدّه أبو عامر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، شهد معه المغازي كلها خلا بدراً، ولد مالك بالمدينة سنة ٩٣هـ[١]، وكانت مهد الوحي ، ومهد السنة ، ومبعث النور ، ومنهل العرفان ، ومركز مدرسة أهل الحديث ، ولم يرحل مالك عن المدينة طول حياته إلا حاجاً إلى مكة ، وقد مات في المدينة سنة ١٧٩ هـ في زمن الخليفة هارون الرشيد .

وكان مالك فقيه الحجاز وسيدها في وقته بالعلم ، بل فقيه الأمة ، ولم يجلس للرواية والفتيا حتى شهد له سبعون من جلة العلماء أنه أهل لذلك ، وكانت له منزلة رفيعة في الحديث والفقه ، ومن ثم رحل إليه للأخذ عنه كثير من العلماء

---

١ ـ قيل انه ولد في سنة ٩٧ هـ .

الفقهاء من المشارقة المصريين والمغاربة وغيرهم ، وكان يجل العلم والعلماء أكثر من إجلاله لغيرهم من أصحاب الجاه ، والسلطان ، ويعمل على نشر ما آتاه الله من العلم بين العامة والخاصة على سواء ، فلا ينتقل لأصحاب السلطان ، وكان مجلسه مجلس وقار وحلم ، كما كان رجلاً مهيباً نبيلاً ، يلازم المسجد في درسه ، لا يجيب إلا عن المسائل الواقعية ، يتحرز عن الخطأ ، ولا يقول إلا عما يعلم ، فإن كان لا يقطع في المسألة برأي يقول: لا أدري ، كما دفعه إخلاصه للعلم أن يبتعد عن الجدل في دين الله ، ويدعو إلى ذلك فيقول «المراء والجدل في الدين يذهب بنور العلم من قلب العبد» ـ وكان جريئاً يصدع بما يرى وإن أغضب ذوي النفوذ والسلطان ، ويصبر صبراً جميلاً على ما يناله من الأذى في هذه السبيل .

وقد أنزل مالك العلم منزلته : فقد حج هارون الرشيد ، ثم شَخَص (قدم) إلى المدينة ، وأراد أن يرى مالك بن أنس ، فأرسل يستقدمه ، فقال مالك للرسول : قل لأمير المؤمنين أن طالب العلم يسعى اليه ، أما العلم فلا يسعى إلى أحد ، فأذعن الخليفة وزار مالكاً في داره ، وأمر أن يخلي المجلس من الناس ، فأبى مالك ذلك وقال : اذا منع العلم عن العامة فلا خير فيه للخاصة .

وقد اعتزل مالك السياسة ، فلم يكن مع الخارجين ، ولا مع الحكام ، ولم يدعُ إلى فتنة ، ولم يمالىء ظالماً ، وكان من رأيه أن الحاكم الظالم لا يصح الخروج عليه بفتنة ولكن يسعى إلى تغييره ، والأمة كلها تكون آثمة إن لم تسع في تغييره من غير فتنة ، ومع ذلك أو ذي أذى شديداً ، وضرب بالسياط من والي المدينة جعفر بن سليمان لما نسب إليه ، من أن البيعة لا تصح مع الإكراه ، ومعنى هذا أن بيعة بني العباس باطلة ، ويرى بعض المؤرخين أن سبب هذه المحنة هو إفتاؤه بتحريم زواج المتعة[1] ، على خلاف ما كان يرى عبدالله بن عباس جدّ الخلفاء

---

١ ـ هو زواج مؤقت يبيح للرجل أن يتزوج امرأة من معلومة بأجر معلوم ويسميه الشيعة بالزواج المنقطع .

العباسيين - وكان لهذا الضرب وقع شديد في نفوس أهل المدينة وطلاب العلم ، كما أحس الحكام مرارة ما فعلوا ، فاعتذر المنصور له حين جاء إلى الحجاز حاجاً ، وهكذا خرج الإمام من محنته مكرّماً ، وزاد قدره بين الناس .

ولمالك صفتان : إحداهما أنه محدث فقد روى عنه الأجلاء من شيوخه كربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأي ، ويحيى بن سعيد ، وروى عنه أقرانه كسفيان الثوري ، والليث بن سعد ، والأوزاعي ، وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة . وروى عنه من تلاميذه محمد بن إدريس الشافعي ، ومحمد بن الحسن الشيباني - وثانيهما : أنه فقيه ومستنبط فقد أخذ عنه المسائل كبار العلماء من أئمة مذهبه ، وتلاميذه الذين سنتحدث عنهم قريباً .

موطأ مالك :

صنف مالك كتابه « الموطأ[1] » في الحديث وبَوَّبَهُ على أبواب الفقه وهو أول كتاب من نوعه وفي طريقته وأسلوبه ، جمع فيه ما قوي عنده من حديث أهل الحجاز ، وأضاف إليه أقوال الصحابة ، وفتاوى التابعين ، وقد عمل فيه تأليفاً وتهذيباً نحو أربعين عاماً - وقد بدأ مالك تدوين الموطأ ، حين طلب أبو جعفر المنصور من مالك تدوينة ، وقيل إن الخليفة المهدي هو الذي طلب منه ذلك ، والحق أن مالكاً هو الذي قام بهذا التأليف بدافع من نفسه ، ولمنزلة هذا الكتاب في الفقه والحديث أراد غير واحد من الخلفاء حمل الناس عليه ليكون مرجعاً وإماماً لهم ، فقد أراد ذلك المنصور ثم المهدي ثم الرشيد ، لكن الإمام مالك كان يرفض ذلك ، فالرشيد لما أراد الشخوص إلى العراق قال لمالك ، ينبغي أن تخرج معي فإني عزمت أن أحمل الناس على الموطأ ، كما حمل عثمان الناس على القرآن ، فقال مالك : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن

١ - سمي بالموطأ لأنه وطأ ومهد به للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه ، أو لان العلماء المعاصرين له بالمدينة واطئوه ووافقوه عليه (انظر كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون).

أصحاب رسول صلى الله عليه وسلم تفرقوا بعده في الأمصار فحدّثوا ، فعند أهل كل مصر علم،وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «اختلاف أمتي رحمة » وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ،فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «سيخرجون بعدي من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون ، وقال : « المدينة تنفي خبثها »[1] .

والموطأ كتاب حديث وفقه ، ولذا نجد مالكاً يذكر الأحاديث في الموضوع الفقهي الذي اجتهد فيه ، ثم يذكر عمل أهل المدينة المجمع عليه ، ثم يذكر رأي من التقي بهم من التابعين وأهل الفقه ، والرأي المشهور بالمدينة ، فإن لم يكن شيء من ذلك في المسألة التي بين يديه، اجتهد رأيه على ضوء ما يعلم من الأحاديث والفتاوى والأقضية ، ويدون رأيه في ذلك .

وللموطأ روايات عديدة ، ولكن لم يصلنا منها إلا اثنتان : إحداهما رواية الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، المطبوعة في الهند — والثانية رواية يحيى الليثي المتوفي سنة ٢٣٤ هـ المطبوعة في مصر وقد شرحها الزرقاني والسيوطي وغيرهما .

وقد أثر عن مالك رسائل علمية مختلفة ، وروى عنه تلاميذه آراء مختلفة ، ودونوها في كتب ، من ذلك كتاب المجالسات لابن وهب ، دون فيه ما سمع من مالك في مجالسه[2] . ومنها رسالته في القدر أرسلها إلى تلميذه ابن وهب ، ورواها هذا عنه أيضاً ، ومنها رسالته في الأقضية ، كتبها لبعض القضاة ، ورسالته في الفتوى .

---

١ ـ مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧ ـ وفي بعض الروايات أن المنصور أو الرشيد أراد تعليق هذا الكتاب بالكعبة ، وتوزيعه في الآفاق ، وحمل الناس عليه ، حسماً لمادة الخلاف .

٢ ـ وهو مجلد يشتمل على أحاديث وآثار وآداب رواها عن مالك ابن وهب ، والكتابة والتأليف للراوي لا لمالك .

أصول مذهب مالك :

كان المنهاج الذي سار عليه مالك في اجتهاده : أن يأخذ بكتاب الله تعالى أولاً ، فإن لم يجد في كتاب الله نصاً ، اتجه إلى السنة وهي تشمل في رأيه : أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفتاوى الصحابة ، وأقضيتهم وعمل أهل المدينة فإن لم يكن في ذلك شيئاً أخذ بالقياس ، وبالمصالح المرسلة[1] . (أي ما تقتضيه المصلحة العامة) .

وقد كان مالك يجعل لعمل أهل المدينة أهمية كبرى ، فقد يُردُّ الحديث الآحادي لأنه لم يجر عليه عمل ، فكان يقول مقالة شيخه ربيعة بن عبد الرحمن: « ألف عن ألف خير من واحد عن واحد » .

ومما أخذ به مالك أيضاً سد الذرائع ، ومعناها أن ما يؤدي إلى الحرام يكون حراماً، وما يؤدي إلى الحلال يكون حلالاً ، بمقدار طلب هذا الحلال ، وكذلك ما يؤدي الى المصلحة يكون مطلوباً ، وما يؤدي إلى المفسدة يكون حراماً .

تلاميذ مالك :

يرجع الفضل في نشر مذهب مالك إلى فريقين من تلاميذه، فريق من المصريين وفريق من الأندلس وبلاد المغرب ، وهؤلاء رحلوا إلى مالك ، فإنه أقام بالمدينة لم يرحل منها إلى بلد آخر ، وهذا ما جعل معظم حديثه يدور على ما رواه الحجازيون ، وقلما تجده في موطئه ذاكراً لغيرهم ، ورحل إليه الناس ليتلقوا عنه

---

١ ـ هي المصالح التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار والبطلان نص معين ومثالها ضرب المتهم بالسرقة حتى يقر بسرقته ، فقد قال بجرازه مالك ، وخالفه غيره ، لأنه وإن كان فيه فتح باب يعسر منه انتزاع الاموال الا أن في الضرب فتح بابه الى تعذيب البريء .

الحديث والمسائل . أما الذين **رحلوا إليه من المصريين** ، وهم عماد مذهبه :

١ ــ **عبدالله بن وهب بن مسلم** : رحل إلى مالك سنة ١٤٨ هـ . ولم يزل في صحبته إلى أن توفي مالك سنة ١٧٩ ، أخذ الفقه عن مالك ، والليث بن سعد ، وكانت له منزلة رفيعة لدى مالك ، وكان يلقبه بفقيه مصر . وبالمفتي[١]، ووصفه أحمد بن حنبل بأنه عالم صالح ، فقيه ، كثير العلم ، صحيح الحديث ، ثقة ، صدوق ، وقد بلغ من صلاحه وورعه وخوفه من الله تعالى ، أن الخليفة كتب إليه ليتولى قضاء مصر ، فاختفى ولزم بيته . توفي سنة ١٩٧ هـ .

٢ ــ **عبد الرحمن بن القاسم** : رحل إلى مالك بعد ابن وهب ببضع عشرة سنة وطالت صحبته له ، ولم يخلط علم مالك بغيره ، حتى صار أثبت الناس فيه ، وقد جمع بين الزهد والعلم ، وهو صاحب المدونة في مذهب مالك ، وحين سئل مالك عنه وعن ابن وهب قال : ابن وهب عالم ، وابن القاسم فقيه، يقول عنه يحيى بن يحيى كان ابن القاسم أعلمهم بعلم مالك ، وآمنهم عليه ، توفي بمصر سنة ١٩١ هـ .

٣ ــ **أشهب بن عبد العزيز**: روى عن مالك والليث ، وتفقه كذلك عنهم، وانتهت إليه الرياسة بمصر بعد ابن القاسم ، قال عنه الشافعي : ما رأيت أفقه من أشهب ، ولد سنة ١٣٠ هـ وتوفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ .

٤ ــ **عبدالله بن عبد الحكم** : كان أعلم أصحاب مالك بأقواله ، وكان رجلاً صالحاً ثقة ، متحققاً بمذهب مالك ، وكان صديقاً للشافعي ، وروى عن مالك كتابه « الموطأ » سماعاً[٢] ، كما روى عن الشافعي ، ولد سنة ١٥٥ هـ وتوفي سنة ٢٢٤ هـ .

---

١ ـ الديباج المذهب ص ١٣٢ ، ابن خلكان جـ ١ ص ٣٥٢ ، تاريخ التشريع للخضري ص ٢٤٣ ،

٢ ـ شذرات الذهب جـ ٢ ص ٣٤ ، وفيات الاعيان لابن خلكان جـ ١ ص ٣٥٢ .

٥ – **إصبغ بن الفرج** ، تفقه بابن القاسم ، وابن وهب ، وأشهب[١]، وسمع منهم ، رحل إلى المدينة ليسمع من مالك ، فدخلهـــا يوم مات ، قال عنه ابن معين : كان اصبــغ من أعلم خلق الله كلهم برأي مالك ، يعرفه مسألة مسألة ، توفي سنة ٢٢٥ هـ او سنة ٢٢٦ هـ .

٦ – **محمد بن عبد الله بن عبد الحكم** : سمع من أبيـــه وابن وهب ومن أشهب وابن القاسم ، وغيرهم من أصحاب مالك ، وصحب الشافعي وأخذ عنه ؛ وكتب كتبه ، وكان ابن عبد الحــكم من الفقهاء المبرزين في النظر والمنـاظرة ، وارتحل إليه كثير من الغرب والأنداس ليأخذوا عنه الفقه والعــلم ، ولد سنة ١٨٢ هـ ، وتوفي بمصر سنة ٢٦٨ هـ .

٧ – **محمد بن ابراهيم بن زياد** الاسكندري المعروف بابن المواز ، روى عن ابن القاسم صغيراً ، وتفقه على ابن عبد الحـكم ، وكان راسخاً في العــلم والفقه والفتيـا ، ولد سنة ١٨٠ هـ وتوفي بدمشق سنة ٢٦٩ هـ .

وكان من **أصحاب مالك من شمال أفريقية ، والأندلس** :

١ – **أسدبن الفرات** : أصله من نيسابور،ونشأ بتونس ، سار من المغرب إلى المشرق فسمع من مالك الموطأ وغيره ، ثم ذهب إلى العراق ، فلقي أبا يوسف ومحمد بن الحسنَ من أصحاب أبي حنيفة فتفقه بهم ، وأخذعنه أبو يوسف موطأ مالك ، ثم ذهب إلى مصر فقدم ابن وهب ، وقال هذه كتب أبي حنيفه وسأله أن يجيب عليها بمذهب مـالك ، فتورع ابن وهب وأبى ذلك ، فذهب إلى ابن القاسم فأجابة إلى ماطلب . فألف كتاب« الأسدية » ثم رجع إلى القيروان ، وحصلت له رياسة العلم بتلك الكتب ، توفي في حصارسرقوسة ٢١٣هـ بصقلية ، وهو أمير الجيش وقاضيه[٢] .

---

(١) ابن خلكان حـ ١ ص ١١٠ .

(٢) انظر مقدمة ابن خلدون ص ٣٧٥ .

٢ – **سحنون عبد السلام** بن سعيد أصله من حمص الشام ، وقدم به أبوه في جند حمص ولد سنة ١٦٠ هـ ، تفقه أولاً بالقيروان عن مشايخها ، ورحل إلى مصر وسمع من ابن القاسم وابن وهب ، ثم رحل إلى المدينة ، ولقي علماءها بعد وفاة مالك ، وانصرف إلى أفريقية ، صنف المدونة ، وعليها كان يعتمد أهل القيروان ، ولى قضاء أفريقية سنة ٢٣٤ هـ ، وسنه أربع وسبعون سنة ، فلم يزل قاضياً إلى أن مات سنة ٢٤٠ هـ .

٣ – **يحيى بن يحيى بن كثير**: رحل وهو ابن ثمان وعشرين سنة إلى مالك ، كما رحل إلى ابن القاسم ، وتفقه عليه ، ثم قدم الأندلس بعلم كثير ، وبه انتشر مذهب مالك في الأندلس ، وفيها انتهت إليه الرياسة في العلم توفي سنة ٢٣٤ هـ.

هؤلاء هم أصحاب مالك ، وناشري مذهبه ، ونسبتهم إليه نسبة المتعلم من المعلم ، والراوي من المستنبط ، لكنهم لم يكادوا يخالفونه ، إلا في الشيء اليسير ، وإذا وجد بينهم خلاف[1] ، فإنما هو لاختلاف الرواية عن مالك ، أو للاختلاف في فهم النصوص المروية عنه .

وأساس العلم والمذهب عند أتباع مالك كتاب المدونة ، وقد جمعها أسد بن الفرات في الأسدية ، ثم أخذها سحنون ورتبها ونشرها باسم المدونة الكبرى .

انتشار المذهب المالكي :

لقد نشأ المذهب بالمدينة ، وانتشر في الحجاز ، ثم اختص به أهل المغرب والأندلس ، وسبب ذلك كما أوضحه ابن خلدون : أن رحلة هؤلاء الفقهاء ، كانت غالباً إلى الحجاز ، وهو منتهى سفرهم ، والمدينة يومئذ دار العلم ، ولم يكن العراق في طريقهم ، فاقتصروا على الأخذ من علماء المدينة ، وأيضاً فالبداوة

---

(١) أحياناً يخالفه ابن وهب وابن القاسم ، وذلك قليل جداً .

كانت غالبة على أهل المغرب والأندلس ، ولم يكونوا يعانون الحضارة التي لأهل العراق ، فكانوا إلى أهل الحجاز أميل لمناسبة البداوة [1] » .

وقد دخل المذهب إلى مصر في حياة الإمام مالك ، واستمر العمل به في بعض الجهات في العبادات للآن ، وبلاد تونس لا يزال أهلها يتعبدون على المذهب المالكي [2] ، كما لا يزال المذهب معمولاً به وغالباً في الجزائر وطرابلس الغرب وموريتانيا ونيجيريا ، والسودان ، والكويت ، والبحرين ، وله أتباع أيضاً في البلاد الإسلامية .

٣ ـ المذهب الشافعي

صاحب هذا المذهب ومؤسسه : أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي القرشي ، ينتهي نسبه إلى هاشم بن عبد المطلب بن مناف بن قصيّ ، ولد في غزة من بلاد فلسطين عام ١٥٠ هـ ، وهي السنة التي مات فيها أبو حنيفة ، وليست غزة موطن آبائه ، وإنما خرج أبوه إدريس إليها في حاجة ، فمات هناك ، وبعد سنتين من ولادة الشافعي حملته أمه إلى موطن آبائه مكة ، فنشأ بها يتيماً في حجر أمه ، فحفظ القرآن في صباه ، ثم خرج إلى البادية فحفظ الشعر واللغة ، ثم شاء الله أن يوجهه لطلب الحديث والفقه ، فنال من ذلك غايته ، ولما لم يبلغ العشرين من عمره ، فقد حفظ موطأ مالك وهو ابن عشر سنين ، وعرضه عليه وقرأه بين يديه ، وكانت تعجبه قراءته ، ثم أذن له في الفتوى شيخه في الفقه ، مسلم بن خالد الزنجي ، مفتي مكة حينذاك ، وهو ابن عشرين ، أو خمس عشرة سنة [3] » .

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٣٩٢ .

(٢) قبل إلغاء أمارة تونس كان الاميرهو أسرته من أتباع المذهب الحنفي ، كان القضاء الحنفي مشاركاً للقضاء المالكي في عاصمة تونس .

(٣) مفتاح السعادة لطاش كبرى زاده جـ ٢ ص ٩٣ .

اكتسب الشافعي في المرحلة الأولى من حياته فقه مسلم بن خالد ، وحديث رجلين عظيمين من أهل الحديث هما : سفيان بن عيينة محدث مكة ، ومالك بن أنس محدث المدينة ، وهما أكبر شيوخه .

وقد بلغ الشافعي من المنزلة ، في شخصه ، وأخلاقه ، وعلمه ، ما جعل صاحب مفتاح السعادة يقول عنه : « اتفق العلماء قاطبة من أهل الفقه والأصول والحديث ، واللغة والنحو وغير ذلك ، على أمانته وعدالته وزهده ، وورعه وتقواه وجوده ، وحسن سيرته وعلو قدره ، فالمُطْنِبُ في وصفه مقصّر ، والمُسْهِبُ في مدحه مقتصر [(١)] » .

وكان عبد الله بن أحمد بن حنبل ، يقول لوالده : « أي رجل كان الشافعي ، فإني رأيتك تكثر الدعاء له ؟ فقال له والده : يابني ! كان الشافعي كالشمس للنهار ، وكالعافية للناس فانظر هل لهذين من خلف ، أو عنهما من عِوَض »

وفي سبيل اللقاء بالعلماء ، وكَسْبِ العلم والتبحر فيه ، وجدنا الشافعي يرحل رَحلات ، وقبل ذلك كان باليمن ، يلي عملاً يرتزق منه لفقره ، وكانت اليمن مهداً للكثير من الشيعة ، فاتهم الشافعي بالتشيع ، وبث دعوتهم بين الشعب ، فرفع إلى الرشيد في بغداد فحمل إليه للتحقيق معه سنة ١٨٤ هـ ، وأمكنه أن يدفع التهمة عن نفسه ، فأطلقه الخليفة ووصله ، وحين وجوده في بغداد لقي محمد بن الحسن أبي حنيفة ، فاطلع على كتب فقهاء العراق ، وأضاف ذلك إلى ماعنده من طريقة أهل الحديث ، وكانت له مناظرات مع محمد بن الحسن ، رُفعت إلى الرشيد فسرّ منها .

---

(١) تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ٣٢٩ ، شذرات الذهب جـ ٢ ص ٩ .

ثم عاد الشافعي إلى الحجاز ، واستمر بمكة يستفيد ويفيد مدة من الزمن ، ويناظر العلماء الذين وفدوا إلى مكة من سائر الأقاليم ، ويأخذ منهم ، ويأخذون منه .

ثم عزم أن يقدم بغداد مرة ثانية سنة ١٩٥هـ ،فأخذ عنه جماعة من علماء العراق ، فأملى عليهم كتبه التي كتبها في مذهبه العراقي أو القديم ، ثم عاد إلى الحجاز ، وقد انتشر ذكره في بغداد ، واعتنق طريقته كثير من علمائها .

وفي سنة ١٩٨ هـ قدم إلى العراق للمرة الثالثة ، فأقام أشهراً ، ثم حط رحاله أخيراً بمصر سنة ٢٠٠هـ ، فنزل بالفسطاط ضيفاً كريماً على ابن عبدالحكم المالكي ، وفي مصر أملى على تلاميذه المصريين كتبه الجديدة ، ومذهبه الجديد ، وظل بها حتى توفي سنة ٢٠٤ هـ .

وقد أجَلّ المصريون الشافعي حياً وميتاً ، وصار يعد مصرياً بعد أن كان حجازياً ، وقد تميز الشافعي بأنه الإمام الوحيد الذي نشر مذهبه بنفسه ، بما قام به من الرحلات ، وهو الذي كتب كُتُبَه بنفسه ، وأملاها على تلاميذه ، ولم يعرف هذا لغيره من الأئمة .

أصول المذهب الشافعي :

لقد تمكن الشافعي من مزج طريقة الرأي ، بطريقة الحديث . لذا جاء مذهبه وسطاً بين المذهب الحنفي ، والمالكي ، وقد وجدنا الشافعي يدون أسس مذهبه في رسالته الأصولية ، مبيناً أنه يحتج أولا بالقرآن ما ظهر له منه ، إلا إن قام لديه الدليل على وجوب صرفه عن ظاهره . ثم ثانياً بالسنة النبوية ، فهو يعمل بالأحاديث الآحادية ، ما دام الراوي ثقة ضابطاً ، وما دام الحديث متصلاً برسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يشترط أن يؤيد خبر الواحد عمل أهل المدينة كمالك ، ولا كونه مشهوراً كما شرط الأحناف - وقد نال بذلك حظاً كبيراً

عند أهل الحديث ، حتى كان أهل بغداد يطلقون عليه «ناصر السنة[1]» .

ثم ثالثاً : كان يعمل بالإجماع ، ومعناه عنده « عدم العلم بالمخالف » ثم رابعاً بالقياس بشرط أن يكون له أصل معين من الكتاب والسنة ،ولم يسرف في ذلك كما صنع أهل العراق ، ولهذا رفض الأخذ بالاستحسان الذي قال به العراقيون ، وكذا رفض الاستصلاح (العمل بالمصالح المرسلة) الذي قال به المالكية ، إنما عمل بما يقرب من ذلك وهو « الاستدلال »[2].

مؤلفات الشافعي :

١ — **الرسالة** ، في أصول الفقه[3] ، فقد وجد الشافعي أن طريقة الاستنباط من الفقهاء غير محددة ، ولا واضحة ، فميز هذه القواعد في رسالته التي تبحث في نصوص الكتاب والسنة ، والناسخ والمنسوخ ، والعلل في الأحاديث ، وشروط قبول الحديث ، وعن الإجماع والاستحسان ، والقياس ، وقد روى عنه هذه الرسالة تلميذه الربيع المرادي .

---

(١) لعل الذي جعل الشافعي يأخذ بالحديث أكثر من الحنفية ، فقبل الاحتجاج بخبر الواحد متي توفرت فيه الشروط التي اشترطها : أنه كان حافظا للحديث ، بصيراً بعلة ، لا يقبل منه إلا ما ثبت عنده ، فربما صح عنده من الأحاديث ما لم يصح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وإلا فالجميع يرون الأخذ بالحديث متى ثبتت صحته ، انظر تذكرة الحفاظ حـ١ ص ٣٣٠ .

(٢) الاستدلال في اللغة طلب الدليل ، وفي عرف الأصوليين يطلق على إقامة الدليل مطلقاً من نص أو إجماع أو غيرهما وعلى نوع خاص منه أيضاً ، فقيل هو ليس بنص ولا اجماع ولا قياس. والفقهاء كثيراً ما يقولون وجد السبب فوجد الحكم أو فقد الشرط أو وجد المانع فيعدم الحكم وفي كشف الأسرار للبزوري الاستدلال هو انتقال الذهن من الأثر إلى المؤثر وقيل بالعكس ، راجع كشاف اصطلاحات للفنون للتهانوي حـ ٢ ص ٤٩٨ .

(٣) طبعت هذه الرسالة مع الجزء الأول من كتاب الأم سنة ١٣٢١ هـ بالمطبعة الاميرية بمصر ، وتقع في ١٦ صفحة ، وقام بعد ذلك الشيخ احمد شاكر بنشرها مستقلة مع تعليقات كثيرة قيمة ، وطبعت بمطبعة الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ

٢ – كتاب « الأم » وهو كتاب فذ في أسلوبه ، ودقة تعبيره ، رواه عن الشافعي تلميذه الربيع بن سليمان المرادي ، بطريقة علمية جدلية ، وهذا الكتاب يقع في سبعة أجزاء يبحث في مواضيع الفقه المختلفة ، من عبادات ومعاملات ، وعقوبات ، وجميع أبواب الفقه ، وقد ألحق به كثير من الكتب الأخرى التي كتبها الإمام نفسه ، ومن هذه الكتب التي لا تعدو أن تكون رسائل لطيفة ، كتاب « جماع العلم » (١) وهو انتصار للسنة والعمل بها ، وكتاب « إبطال الاستحسان » الذي رد به على فقهاء الحنفية ، وكتاب « إختلاف مالك والشافعي » فيما يتصل بالسنة ، وكتاب « الرد على أهل المدينة » لمحمد بن الحسن الشيباني ، وكتاب « اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى » وكتاب « سير الأوزاعي » ، وغير ذلك من الكتب التي ألحقت بالجزء السابع من كتاب الأم (٢) .

٣ – **كتاب اختلاف الحديث** : برواية تلميذ الشافعي ، وهو مطبوع بهامش الأم .

٤ – **مسند الامام** : وهو يحوي الأحاديث الواردة في كتاب الأم ، وقد طبع بهامشه .

---

(١) نشر هذا الكتاب الشيخ محمد شاكر سنة ١٩٤٠ مستقلاً ، بمطبعة دار المعارف .

(٢) يقول الغزالي في إحياء علوم الدين حـ ٢ ص ١٦٦ المطبعة العثمانية سنة ١٩٣٣ : إن الام صنفه أحد تلامذة الشافعي أبو يعقوب البويطي ، ثم زاد عليه الربيع بن سليمان ، وتصرف فيه ، وأظهره » وقد دافع عن هذا الرأي مؤخراً الدكتور زكي مبارك في رسالة خاصة ، وأثار بذلك اعتراضاً قوياً من بعضهم كالشيخ حسين والي الذي رد عليه في مجلة نور الاسلام ، مؤيداً نسبة الام إلى الشافعي - وقد رأى الدكتور محمد يوسف موسى والدكتور علي حسن عبد القادر أن تحقيق هذه المسألة ، لا يكفيه الاطلاع على النسخة المنقولة عن مخطوطة سراج البلقيني ، الموجودة لدينا وحدها ، بل يستوجب النظر إلى المخطوطات الاخرى لاستخراجها جميعاً استخراجاً علمياً أنظر « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبدالقادر حـ ١ ص ٢٦١ ط القاهرة ١٩٤٢ .

تلاميذ الشافعي :

أخذ عن الشافعي تلاميذ وأتباع لا يحصون ، فله بالحجاز ، والعراق ومصر وغيرها من البلاد الاسلامية ، فمن تلاميذه الامام احمد بن حنبل صاحب المذهب الحنبلي ، وداود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية ، وأبو ثور صاحب المذهب الثوري ، وابن جرير الطبري .

ومن تلاميذه المصريين الذين جالسوه وأخذوا عنه مذهبه ، بعد أن تم نضجه ، وبلغ كماله ، هم :

١ - أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي[١] ، أكبر أصحاب الشافعي ، وكان الإمام يعتمد عليه في الفتيا ، ويحيل عليه إذا جاءته مسألة ، واستخلفه على أصحابه بعد موته ، وقد قيل عنه إنه صنف كتاب الأم أولاً . ثم أظهره الربيع بعد تعديلات ، توفي سنة ٢٣١ هـ وهو مسجون ببغداد ، بسبب فتنة القول بخلق القرآن التي أثارها الخليفة المأمون .

٢ - أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني ، شب على طلب العلم ، ورواية الحديث ، فلما جاء الشافعي مصر سنة ١٩٩هـ تفقه عليه ، وهو الذي ألف الكتب التي عليها مدار مذهب الشافعي ، وقد أخذ عنه عدد كثير من العلماء توفي سنة ٢٦٤ هـ .

٣ - الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي ، وكان مؤذناً بجامع عمرو بن العاص بمصر واتصل بالشافعي ، حتى صار راوية كتبه ، والثقة والثبت فيما يرويه عنه ، وعن طريقة وصل إلينا كتابي الرسالة والأم ، وغيرهما من كتب الإمام ، ويقدم أصحاب الشافعي روايته على رواية المزني إن تعارضا مع علو قدر المزني

---

(١) نسبة إلى بويط قرية من قرى الصعيد « الوجه القبلي » بمصر .

علماً وديناً وجلالا وموافقة ما رواه للقواعد [1]، توفي سنة ١٧٠ هـ وقد أخذ عن الشافعي بعض أصحاب مالك كابن القاسم، وأشهب، أما أصحابه العراقيون فمن أشهرهم أبو ثور، والزعفراني، والكرابيسي [2].

انتشار مذهب الشافعي :

ظل مذهب الشافعي معمولا به في مصر منذ وجوده فيها، حتى استولت عليها الدولة الفاطمية فأبطلت العمل به وببقية المذاهب الأخرى، ولكن في عهد الدولة الايوبية عادت للمذهب الشافعي قوته. فكان مذهب الدولة، وكان منصب شيخ الأزهر الشريف محصوراً في علماء الشافعية، وبنى صلاح الدين الأيوبي المدرسة الناصرية لعلماء الشافعية بجوار جامع عمرو بن العاص بالفسطاط بمصر، وهي أول مدرسة بنيت فيها. وكذلك بنيت المدرسة الصلاحية لتدريس مذهب الشافعي بها، وكانت أعظم المدارس في هذا العصر [3]، وحين جاء العثمانيون إلى مصر قصروا القضاء على المذهب الحنفي، ولكن يغلب مذهب الشافعي اليوم في مسائل العبادات على أهل مصر والأردن، وكذلك يوجد للمذهب كثير من الأتباع في سوريا ولبنان، وخاصة مدينة بيروت. وفي العراق والهند، والهند الصينية، وأهالي إيران واليمن السنيين، وهو المذهب الغالب في أندونيسيا في العبادات، والمعاملات، ويوجد في جزيرة سيلان، وجزائر الفليبين، وجاوة وكذا يوجد بقلة في الحجاز، والهند، وباكستان.

---

١ ـ طبقات الشافعية الكبرى جـ ١ ص ٢٣٨.

٢ ـ اذا أردت زيادة معرفة بهؤلاء فارجع الى كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ الخضري ص ٢٥٥ وما بعدها.

٣ ـ هذه المدرسة هي التي بنى مكانها مسجد الإمام الشافعي الموجود بالقاهرة، قرب قلعة صلاح الدين.



٤ ــ المذهب الحنبلي

صاحبه أبو عبدالله أحمد بن هلال بن حنبل ، فهو المؤسس للمذهب الحنبلي ، الحافظ ، الحجة ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ، وبها نشأ ، ويلتقي في نسبه مع النبي صلى الله عليه وسلم في نزار بن معد بن عدنان ، كان ورعاً تقياً من صغره ، ورث عن أسرته عزة النفس ، وقوة العزم ، وقد اختارت له أسرته منذ صباه ، أن يكون رجل دين ، فإنه لما أتم حفظ القرآن ، وعلم اللغة ، اتجه إلى الديوان ليمرن نفسه على التحرير ، فلما كان في سن الخامسة عشرة ، بدأ دراسة الحديث ، ورحل إلى الكوفة لطلب العلم وهو في العشرين من عمره ، وقد رحل إلى مكة والمدينة واليمن والشام ، فجمع من الحديث مجموعة كبيرة في مسند تسمى باسمه وقد وجهه إلى السنة والفقه عالمان جليلان ، هما : هشيم بن بشير الذي لزمه احمد خمس سنوات ، والشافعي الذي اعجب به وبتفكيره ، وكان ابن حنبل من تلاميذ الشافعي ، ثم أصبح مجتهداً مستقلا حتى قال الشافعي عنه : خرجتُ من بغداد ، فما خلفت بها أفضل ، ولا أعلم ، ولا أفقه ، من أحمد من جنبل .

وقد وقف ابن حنبل وقفة مشهورة في محنة القول بخلق القرآن ، مع أن كثيراً من رجال الحديث أجابوا دعوة المأمون بن الرشيد إلى القول بما يدعو إليه أن القرآن مخلوق (١)، أما الإمام أحمد فقد أصر على رفض هذا إصراراً شديداً، ولم يثنه عن موقفه شد وثاقه ، أو تكبيله بالحديد ، وسجنه ، وضربه السياط ، منذ سنة ٢١٨ هـ بدء دعوة المأمون لخلق القرآن ، حتى سنة ٢٣٣ هـ وهي السنة

---

١ ــ قد أغرم المأمون بأقوال الفلاسفة والمعتزلة ، فرأى ان القرآن كلام الله مخلوق له ، لأنه الخالق لكل شيء ، فأراد المأمون والمعتصم والواثق حمل العلماء والفقهاء على رأيهم وعذبوا من أصرمنهم على ان القرآن غير مخلوق، كالبويطي صاحب الشافعي .

التي أبطل فيها المتوكل تلك الدعوة، وترك للناس الحرية، فيما يعتقدون ويختارون، فأفرج المتوكل عن ابن حنبل

أصول مذهب احمد :

كان الامام ابن حنبل يعتمد في مذهبه وفتاويه على خمسة أصول [1] :

١ - نصوص الكتاب والسنة، فمتى وجد نصاً في المسألة أفتى بمقتضاه دون التفات إلى ما خالفه ولو كان المخالف من كبار الصحابة .

٢ - فتوى الصحابي عند عدم النص، فإذا وجد لبعضهم فتوى لا يعرف لها مخالف منهم، لم يتجاوزها إلى رأى آخر، دون أن يدعي أن ذلك اجماعاً، بل يقول تورُّعاً : ما يفيد أنه لا يعلم شيئاً يعارض هذه الفتوى .

٣ - إذا تعددت الآراء من الصحابة في الأمر الواحد، كان يلجأ الى اختيار أقربها من الكتاب والسنة، بمعنى أنه لا يخرج عن رأي من هذه الآراء، وكان يتوقف أحياناً عن الفتوى إذا لم يجد مرجحا لأحد تلك الآراء .

٤ - الأخذ بالحديث المرسل [2]، أو الضعيف مرجحاً له على القياس، ما دام ليس هناك أثر آخر يدفعه، ولا قول صاحب ولا إجماع على خلافه .

٥ - إذا لم يجد شيئاً مما تقدم من الأصول الأربعة السابقة، لجأ إلى القياس فاستعمله للضرورة .

وإن من يتأمل تلك الأصول يتضح له أن ابن حنبل رجل حديث، أكثر منه رجل فقة وقياس، ولهذا عده بعض المؤرخين في فقهاء المحدثين [3] لا في

١ - إعلام الموقعين ح ١ ص ٢٣

٢ - هو الحديث الذي لم يذكر في سنده الصحابي الذي رواه عن الرسول .

٣ - من هؤلاء ابن النديم . فقد وضع احمد بن حنبل مع البخاري ومسلم وباقي المحدثين في =

الفقهاء بإطلاق ، ولعل ذلك يرجع إلى أنه كان يقدم الحديث أو الأثر « ولو مرسلا أو ضعيفاً » متى صح سنده عنده ، على الرأي أو القياس ، بل لقد قدّم على القياس قول الصحابي أيضاً ، كما كان في صدر حياته ينهى عن أن ينقل عنه غير الحديث ، لأنه لا يحب أن تنشر فتاويه .

ولا ريب أن هذا القول مردود ، إذ أن المذهب الحنبلي يعد من المذاهب الفقهية السنية الأصلية ، التي لها أسلوبها المستقل ، وأصولها ومبادؤها الخاصة ، كيف وقد كان ابن حنبل من أكبر تلامذة الإمام الشافعي [١] .

مسند الامام أحمد بن حنبل :

في هذا الكتاب نحو أربعين ألف حديث ، شملت مسائل الفقه ، لكنه ليس مرتباً على أبواب الفقه ، وهو مرجع وثيق ، انتقى من أحاديث كثيرة ، ومسموعات وافرة ، ولم يخرّج (ابن حنبل) إلا عمن ثبت عنده صدقه وديانته ، دون من طعن في أمانته ، وبلغ عدد رجاله من الصحابة ، الذين اسند اليهم هذه المجموعة من الحديث نحواً من سبعمائة رجل .

وقد لقى المسند من الذين عنوا بالسنة والعلم حظا طيبا ، فطبع أكثر من مرة بمصر وغيرها ، كما تناوله الكثيرون بالشرح بغية تقريبه للناس ، [٢] .

= باب فقهاء الحديث ، ومنهم أيضاً ابن عبد البر فإنه لم يذكر ترجمة هذا الإمام في كتابه « الانتقاء في فضائل الأئمة الفقهاء ، وكذلك الطبري في كتابه « اختلاف الفقهاء » ، وابن قتيبة في «كتاب المعارف » لم يذكر شيئاً عن ابن حنبل ولا عن مذهبه .

١ ـ انظر فلسفة التشريع في الأسلام للدكتور صبحي محمصاني ص ٦١ الطبعة الثالثة بيروت ١٩٦١ .

٢ ـ قام منذ سنوات المرحوم الشيخ احمد شاكر ، على نشره في طبعة علمية ، دقيقة أنيقة ، زاد من قيمتها ما قام به أيضاً من تعليقات وشروح موجزه قيمة ، وما ألحقه بكل جزء منها من فهارس تيسر للباحثين الإفادة من الكتاب . وعنيت بهذه الطبعة دار المعارف بمصر ، وقد سبقه بأكثر من ثلث قرن الشيخ احمد البنا بتفصيل وشرح وترتيب . ولم يتم الكتاب بعد .

تلاميذ ابن حنبل :

قيض الله لهذا المذهب من قام عليه ، وعمل على نشره من تلاميذ الإمام وكان أشهرهم :

١ ـ الأثرم أبو بكر أحمد بن محمد بن هاني الخراساني البغدادي ، المتوفي سنة ٢٧٣ هـ ، وكان من الفقهاء الحفاظ الأعلام، وله كتاب السنن في الفقه على مذهب احمد ، وشواهده من الحديث [١] .

٢ ـ أحمد بن محمد الحجاج المروزي المتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، وكان من أجل أصحاب ابن حنبل ، إماماً في الفقه والحديث ، كثير التصانيف ، ألف أيضاً كتاب السنن بشواهد الحديث [٢] .

٣ ـ أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الـخِرَقي البغدادي المتوفي سنة ٣٢٤هـ، وكان من أعيان الحنابلة ، وله في المذاهب كثيرة، منها مختصره المشهور للبادئين.

ومن الملاحظ أن هؤلاء التلاميذ لم يدونوا المذهب الذي لم يتركه الإمام أحمد من غير تدوين، ولكن الذي عنى بتدوين ما سمعه من إمامه من فتاوى ، هو الفقيه أبو بكر أحمد بن محمد الخلال المتوفي سنة ٣١١ هـ ، فقد دون كتاب « الجامع » الذي يقع في عشرين جزءاً .

كما قام موفق الدين بن قدامه المتوفي سنة ٦٢٠ هـ بتصنيف كتاب المغني الذي هو من أجل الكتب الفقهية الإسلامية ، وقد طبع المغني في اثني عشر جزءاً ، وهو من مطبوعات جلالة عبد العزيز آل سعود ، ملك المملكة العربية السعودية.

ومن المشاهير الذين نشروا مذهب ابن حنبل ، تقي الدين أحمد بن تيمية

---

١ ـ انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٢١ .

٢ ـ تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٢٦١ .

المتوفي سنة ٧٢٨ هـ صاحب الفتاوى المشهورة ، ومجموعة الرسائل الكبرى ، ومنهاج السنة – ثم تبعه تلميذه أبو عبدالله بن بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية .المتوفي سنة ٧٥١ هـ فألف كتاب إعلام الموقعين عن رب العالمين، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، وزاد المعاد في هدى خير العباد .

وقد كان لهذين العالمين الكبيرين ، الأثر الملحوظ في تجديد مذهب أحمد [١] وتطوره ونشره في الآفاق .

انتشار المذهب :

كان المذهب الحنبلي أقل المذاهب السنية انتشاراً ، وقد انتشر أولا في بغداد ، ثم في خارج العراق بعد القرن الرابع ، وأخيراً دخل مصر في القرن السادس الهجري. وقد قدمنا أن ابن تيمية وابن القيم هما اللذان ابتدأ بهما تجديد المذهب ، ثم زاد من تجديده ونشره في القرن الثاني عشرة للهجرة (الثامن عشر للميلاد) الإمام محمد بن عبد الوهاب . بحركته الإصلاحية في نجد ،وشاع المذهب الحنبلي الجديد على أثر انتصار الوهابيين ، وخاصة في أيام الملك عبد العزيز آل سعود ، وهو اليوم مذهب الدولة في القضاء الشرعي في المملكة العربية السعودية ، وله أيضاً أتباع في باقي جزيرة العرب، وفي فلسطين والشام والعراق.

محمد بن عبد الوهاب والمذهب الحنبلي :

كان من مجددي المذهب الحنبلي، ومن مؤسسي الدعوة السلفية،بعد ابن تيمية

---

١ ـ كان ابن تيمية وابن القيم من أوائل من ثارا على الخرافات والأوهام التي علقت بالفقه خلال عصور الجهل ، ومن اوائل الذين فهمو روح الشريعة الحقيقية ، على ضوء الفكر الصائب ، والعقل السليم ، وقالا بالرجوع إلى مذهب السلف الصالح أو السلفية ، المبني على القرآن الكريم والسنة الصحيحة . وبوجه خاص حارب ابن قيم الجوزية التقليد الأعمى ، والجمود والتفصيلات الشكلية ، ودقق في الاجتهاد ، فاعتبر المقاصد أساساً للحكم في تصرفات الناس ومعاملاتهم ،وافتى بتحريم التحايل في الشرع ، فتوصل بذلك كله إلى نظريات عصرية ، انظر الأوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني ص ٦٤ .

وابن القيم ، ولد في عـــام ١١١٥ هـ في قرية العيينة ، الواقعة شمالي الرياض في نجد ، وتوفي سنة ١٢٠٦ هـ.وكان كابن حنبل إماماً رحالة . فبعد أن طوف في بلاد كثيرة ، منها المدينة والعراق وفارس وكردستان ، رجع إلى نجـــد وخرج بدعوته الجديدة ، ثم بدأ ينشرها في رسائل عديدة ، مثل رسالة القواعد الأربع ، وكتاب كشف الشبهات ، وكتاب مسائل الجاهلية .

وجعل عماد دعوته على التوحيد ، الذي هو عماد الاسلام ، ولذا سميت دعوته بدعوة الموحدين وهي ترمي إلى محاربة التضرع إلى الأولياء ، وزيارة الأضرحة ، وعدم تقديس القباب والقبور والأحجار ، وأنكر استعمال الطبول والرقص بالطرق المختلفة ، وقراءة الموالد في المساجد ، وكان يدعو للرجوع إلى القرآن والسنة ، وما كان عليه السلف الصالح ، ومحاربة التقليد الأعمى .

وقد ناوأ العثمانيون دعوة الموحدين ، التي أسموها بالوهابيـــة ، واتهموا ابن عبد الوهاب بالإلحاد ، ولكن حركته نجحت في عهد السعوديين ، الذين حالفوه منذ بدء دعوته ، واتبعوا مذهبه « المتفق مع المذهب الحنبلي » ولا يزال مذهباً للدولة في فروع المعاملات حتى الوقت الحاضر – وقـــد انتشر مذهب ابن عبد الوهاب خارج جزيرة العرب ، فدخل مصر والهند والجزائر .

الفصل الثاني

مذاهب الشيعة [1]

يقول صاحب كتاب أصل الشيعة وأصولها: إن أول من وضع بذرة التشيع في حقل الإسلام هو نفس صاحب الشريعة الإسلامية، يعني أن بذرة التشيع وضعت مع بذرة الإسلام جنباً إلى جنب، وسواء بسواء، ولم يزل غارسها يتعهدها بالسقي والعناية، حتى نمت وازدهرت في حياته، ثم أثمرت بعد وفاته، ثم يذكر الدليل على ذلك أحاديث كثيرة منها: ما روي عن ابن عباس قال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما نزلت «إنَّ الذِّينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَات أولئك هم خير البرية» قال لعلي: هو أنت وشيعتك يوم القيامة راضين مرضيين» ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: «علي مني بمنزلة هارون من موسى» وقوله «إني تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي «أهل بيتي» وعلي مع الحق، والحق مع علي [2]».

ثم يقول: ولما ارتحل الرسول من هذه الدار إلى دار القرار، ورأى جمع من الصحابة أن لا تكون الخلافة لعلي إما لصغر سنه، أو لأن قريشاً كرهت أن تجتمع النبوة والخلافة لبني هاشم زعما منهم أن النبوة والخلافة إليهم يضعونها

---

١ ـ في مختار الصحاح شيعة الرجل اتباعه وأنصاره، وتشيع الرجل ادعى دعوة الشيعة، ويقصد بالشيعة في اصطلاح من يتكلم في أصول الدين أو فروعه أي الفقه. الجماعة الذين شايعوا علي بن ابي طالب، وقالوا إنه امام المسلمين، وخليفتهم بعد الرسول، لأحاديث عن الرسول تصرح أو تشير إلى ذلك.

٢ ـ انظر أصل الشيعة وأصولها ص ١٠٥.

حيث شاءوا ، أو لأمور أخرى لسنا بصدد البحث عنها . امتنع الإمام علي عن البيعة ، وتبعه جماعة من عيون الصحابة ، لكنه لما رأى أن تخلفه يوجب فتقاً في الإسلام لا يرتق ، وكسراً لا يجبر ، بايع وسالم ، وأغضى عما يراه حقاً له محافظة على الاسلام أن تتفرق كلمته ، وبقى شيعته منضوين تحت جناحه ، ولم يكن لهم مجال للظهور إلا عندما امتنع معاوية عن البيعة لعلي ، وحاربه في صفين، فقد انضم بقية الصحابة إلى علي حتى قتل أكثرهم تحت رايته ، ولما قتل علي رضي الله عنه واستتب الأمر لمعاوية ، وانقضى دور الخلفاء الراشدين ، وعرف من معاوية أنه ليس على شيء . وأن الدين له أئمة ، ومراجع هم أهله وأحق به ، ولما لم يجد الناس من توفرت فيه شروط الأئمة من العلم والزهد والشجاعة وشرف الحسب والنسب غير علي وولده ، أخذ التشيع من ذلك الحين يظهر ، وبقيت فكرة التشيع حية في الأذهان تنمو وتنتشر ، كلما انطلق المسلمون في تفكيرهم ، وكلما أمعنوا في دراسة القرآن والحديث ، حتى مشت الفكرة مع الاسلام جنباً إلى جنب ، وأخذ مفهوم التشيع في العصور المتأخرة عن عصر الخلفاء الأربعة يأخذ معنى أوسع مما كان عليه بعد وفاة الرسول .

ولم يحدث انقسام بين صفوف الشيعة في الإمامة إلا بعد مقتل الحسين، فظهرت للشيعة فرق كثيرة تختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً ، حتى ليكفر بعضها بعضاً ، وفي الحق: إن من الشيعة فرقة تسمى **الغالية** :وهذه غالت غلواً كبيراً أخرجهم عن الاسلام ، فقد بلغ بهم الأمر إلى أن بعضهم يؤله علياً ، وبعضهم يؤله علياً وأبناءه وأحفاده ، وقد أساءت هذه الفرقة إلى آل البيت بهذا الاعتقاد ، كما أساءت إلى فكرة التشيع ذاتها ، ومن رحمة الله تعالى أن انقرضت هذه الفرقة الضالة ، فلا يكاد يوجد أحد منها في عصرنا الحاضر ، إلا النذر اليسير الذي يمكن ردهم إلى الصواب ، أو تركهم إذا استعصى أمرهم ، فنفعهم إن صلحوا كثير ، وضررهم إن ظلوا على غلوهم قليل .

والمشهور من مذاهب الشيعة : مذهبان هما مذهب الزيدية ، ومذهب الإمامية الاثنا عشرية « الجعفرية ».

١ ـ المذهب الزيدي

ينسب هذا المذهب إلى زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب، الذي تطلع إلى الإصلاح، والذي قدم الكوفة فبايعه أهلها على التمسك بكتاب الله وسنة رسوله ، وجهاد الظالمين ، ورد الظالم ، وكان من بين المبايعين جماعة من الفقهاء ، فيهم أبو حنيفة ، الذي حث الناس على الخروج مع زيد ، وقال : إن خروجه يضاهي خروج جده يوم بدر [١] وقيل إنه لم يدَّع الامامة لنفسه ، إنما كان خروجه للأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لكن شيعة الكوفة لما رأوا رأيه متفقاً مع رأيهم في الثورة على الأمويين ، قالوا بإمامته [٢]

وكان الإمام زيد معروفاً بالكمال ، عالماً بعلوم القرآن ، ووجوه القراءات ، وأبواب الفقه والمقالات ، ولا عجب فهو حفيد الحسين ريحانة رسول الله .

ويبدو أن زيداً كان يجوز إمامة المفضول مع قيام الأفضل ، ويقول : إن علياً هو أفضل الصحابة على الإطلاق ، لا ينازع في ذلك إلا مكابر ، إلا أن الخلافة حين فوضت إلى أبي بكر فوضت لمصلحة المسلمين ، وأرادوا بها تسكين

---

١ ـ راجع تاريخ الطبري جـ٨ ص ٢٩٧ ، ومناقب أبي حنيفة .

٢ ـ ويميل جماعة من الكتاب المتقدمين والمتأخرين إلى أنه ادعاها لنفسه معتمدين على قول دعاة المذهب الذي حدث بعد وفاته بنصف قرن تقريباً ،وقد نسبو اليه أنه يرى ان الخلافة لاتكون بالوراثة، وان النبي صلى الله عليه وسلم نص على الخليفة من بعده بالوصف لا بالاسم . ولا يكون الامام إماماً إلا بعد ان يخرج داعياً لنفسه.

ثائرة الفتنة ، وقد ناقش هذا الرأي صاحب كتاب (الشيعة بـــين الاشاعرة والماتريدية) ، ورد على قائليه :

ولما سمعت الشيع بمقالة زيد هذه لم يوافقوه على ذلك ، لأنه لا يرى التبرؤ من الشيخين أبي بكر وعمر ، مع أن الأصول في هذا المذهب تقضي التبرؤ منهما ، ولذلك رفضت الشيعة زيداً هذا واعتزلته ، ومنع الزيديون أصحابهم من التأثر بكلامه ، والسماع لأقواله . فسموا رافضه .

والزيدية المعاصرة تسير على نهج الإمام زيد من حيث القصد والاعتــدال ، والأخذ بالتسامح، والفقه الزيدي لا يختلف كثيراً عن الفقه في المذاهب الشيعية ، مع ميل إلى فقه أهل العراق ، إذ كان العراق هو مهد التشيع والأئمة ، والشيعة على وجه عام .

وتشارك الزيدية الفرق الشيعية الأخرى في زكاة الخمس [1] ، لكنها تخالف الإمامية في زواج المتعة، فالزيدية تستنكر هذا النوع من الزواج، وتقول بحرمته، وأنه كان في صدر الاسلام مباحاً ثم نسخ . فهم يتفقون مع أهل السنة في ذلك . وفي كثير من العبادات والفروض مع اختلاف يسير في الفروع ، فمثلاً في الأذان يقولون « حي على خير العمل » كالشيعة ويكـبرون خمس تكبيرات في صلاة الجنازة لا أربعا ، ولا يجيزون المسح على الخفين ، وصلاة العيد عنـد الزيدية من فروض الأعيان ، وتصح جماعة وفرادى، ويعتبرون صلاة التراويـح جماعة بدعة ، ويرفضون الصلاة خلف الفاجر — وفي المعاملات يحرمون عـــلى المسلم تزوج

---

١ - هو حق فرضه الله لآل البيت عوض الصدقة التي حرمهـــا الله عليهم من زكاة الأموال والأبدان ويقسم ستة سهام ثلاثاً لله ولرسوله ولذى القربى، وهذه السهام يجب دفعها الى الامام إن كان ظاهراً ، وإلى نائبه وهو (المجتهد العادل) إن كان غائباً . يدفع الى نائبه في حفظ الشريعة وسدانة الملة.

اما الثلاثة الأخرى فهو حق المحاويج والفقراء من بني هاشم عوض ما حرم عليهم من الزكاة .

الكتابيات ، استناداً إلى قوله تعالى « وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ » (سورة الممتحنة — ١٠) كذلك حرم الزيدية أكل ذبيحة غير المسلم ، وقالوا إن القرشي ليس كفئاً للفاطمية ، وأن العربي من غير قريش ليس كفئاً للقرشية ، إلا إذا رضيت ورضى ذووها جميعاً .

ومن أصول المذهب الزيدي اشتراط الاجتهاد في أئمتهم ، ولذلك كثر فيهم الأئمة المجتهدون أصحاب الآراء في الفقه ، كما يوجبون على المسلمين الاجتهاد ، فإن عجز المسلم عن الاجتهاد جاز له التقليد ، وتقليد أهل البيت أولى من غيرهم وأيضاً يوجب المذهب الزيدي الخروج على إمام الجور (الحاكم الظالم) وأنه لا تجب طاعته .

ويذكر المؤرخون للامام زيد تآليف كثيرة ، متنوعة النواحي ، منها تفسير غريب القرآن ورسالته ضد المرجئه [٢] ، وكتابات أخرى في موضوعات مختلفة :

مجموع الامام زيد : يعتبر من أهم الكتب المنسوب إليه أنه ألفها في الفقه ، ويشكك بعض الناس في نسبة هذا الكتاب إلى الامام زيد ولكن هذا تشكيك بلا دليل ، فإن الامام عاش في زمن ابي حنيفة وعاصر كثيرا ، من الفقهاء والعلماء ،

---

١ ـ الحق أن هذه الآية لا تصلح متمسكاً لهم : لأن الكوافر في الآية المراد بهم النساء المشركات اللاتي رفضن الأسلام والهجرة مع أزواجهن من المهاجرين مع الرسول . كما هو واضح من وضع الآية وسياقها .

٢ ـ هي فرقة من كبار الفرق الأسلامية ، لقبوا بذلك لأنهم يرجئون العمل عن النية أي يؤخرونه في الرتبة عنها ، أو لأنهم يقولون : لا تضر مع الإيمان معصية ، ولا تنفع مع الكفر طاعة فهم يعطون الرجاء ، وعلى هذا ينبغي أن لا يهمز لفظ المرجية ، وفرقهم خمس : اليونسية . والعبيدية ، والغسانية ، والثوبانية . والثومنية ، راجع كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي طبع بيروت ١٩٦٧ حـ٢ ص ٥٢٨ .

كما هو سليل بيت عرف بالعلم ، فلا غرو أن يؤلف كتاباً مهماً مثل المجموع ، خاصة وأن العصر الذي وجد فيه كان عصر تأليف وتدوين .

والكتاب يعتبر من المراجع الأصلية في الفقه ، فهو مرتب على الأبواب الفقهية ، ويصور لنا كيف كان الفقهاء « وخاصة العراقيون » يعالجون مسائل الفقه ، وأدلتها من السنة ، وغيرهما ، وقد قام بشرح المجموع شرف الدين بن الحيمى اليمني الصنعاني المتوفي سنة ١٢٢١ هـ في أربعة أجزاء كبار طبعت بمصر ، وقد سمى هذا الشرح « الروض النضير ، شرح مجموع الفقه الكبير » .

ومن كتب الزيدية ذات الأهمية : كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار وهو للامام أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفي سنة ٨٤٠ هـ . ويقع في أربعة أجزاء كبار ، ذكر اختلاف الفقهاء في مسائل الفقه في أسهاب . وقد طبع أخيراً هذا الكتاب بمصر .

وقد انقسمت الزيدية الى عدد من الفرق : أهمها .

١ ــ **الجارودية** وهم اصحاب أبي جارود زياد بن أبي زياد ، وقد زعموا أن النبي صلى الله عليه وسلم نص لعلي بخصاله وأوصافه لا باسمه ،وأن تلك الأوصاف التي فصلها النبي لم تكن بزعمهم ظاهرة في أبي بكر ، ولذلك رموا بالكفر كل من اختاره خليفة لخطئه في التعرف على الأوصاف النبوية للإمام [1] .

ولقد نقل الجارودية الإمامة من علي إلى الحسن ، ومن الحسن إلى الحسين، ومن الحسين إلى علي بن الحسين « زين العابدين » ومنه إلى ابنه زيد بن علي ، ثم إلى الإمام ويقصدون به محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين بن علي بن طالب.

---

١ ـ الملل والنحل جـ ١ ص ١٥٢ .

وقالوا بإمامته بشكل قاطع ، وهو المعروف بالنفس الزكية ، ويدعي بعض الجارورية أن محمداً بن عبد الله بن الحسن لا يزال حياً، وسيخرج لإحقاق الحق.

ب — **السليمانية** وهم أصحاب سليمان بن جرير ، الذي كان معتدلاً في بعض الآراء، فقد رأى أن الإمامة شورى بين الخلق جميعاً، يقصد بذلك إلغاء الفوارق بين المسلمين وغير المسلمين وقد ذهب إلى صحة انعقاد الإمامة برجلين فقط من خيار المسلمين ، فقال سليمان بمثل مقالة زيد بن علي بصحة إمامة المفضول مع قيام الأفضل ، ولم ير ضيراً في اختيار الأمة أبا بكر إماماً ، وقد عرف سليمان بالتسامح في حق أبي بكر وعمر، لكن لم يعرف عنه التسامح قط في حق عثمان[1].

٢ — المذهب الجعفري

الجعفرية هي أكبر طوائف الشيعة ، وقد يطلق اسم الشيعة عليهم ، كما يقال لهم الإمامية ، وهم يقيمون مع أهل المذاهب السنية ، وتربطهم بهم روابط التسامح ، والسعي إلى تقريب وجوه الخلاف ، لأن جوهر الدين واحد ، ولبه لا يسمح بالتباعد والتنافر .

والمذهب منسوب إلى جعفر بن محمد بن علي بن الحسين ، ويعرف بالإمام جعفر الصادق ، المتوفي سنة ١٤٧ هـ ، عن ست وستين سنة قضاها في الدفاع عن الإسلام ، ونشر تعاليمه وظلت إمامته للشيعة أكثر من ثلاثين سنة بعد وفاة أبيه الإمام محمد بن علي المعروف بالباقر سنة ١١٧ هـ ،يقول الشهرستاني عن الإمام جعفر: «كان ذا علم غزير في الدين ، وأدب كامل في الحكمة » .

---

١ ـ لقد طعن في عثمان إلى حد تكفيره للأحداث التي وقعت في عهده ،وظن ان عثمان لو تدخل في هذه الأحداث لما وقع منها شيء ، فهو المسئول عن كل ما خلفت من سيء العواقب . كذلك كفر عائشة وطلحة والزبير لقتالهم علياً ، او اشتراك بعضهم على الأقل في قتاله (الملل والنحل حـ ١ ص ٢٥٩ .

وإذا أطلقت كلمة الإمامية انصرفت إلى الإماميــة الإثني عشرية ، الذين يرون أن الخلافة بعد الحسين رضي الله عنه لعلي زين العابدين ، ومن بعده لمحمد الباقر ثم لابنه موسى الكاظم ، ثم لعلي الرضا ، ثم لمحمد الجواد ، ثم لعلي الهادي ثم للحسن العسكري ، ثم لمحمد بن الحسن العسكري ، وهو الإمام الثاني عشر ، الذي اعتقدوا أنه دخل سرداباً في دار أبيه بسُرَّ مَنْ رأى ، ولم يعـد بعد ، وسوف يرجع في زمن لا يعلمه إلا الله ، ليحكم بين الناس بالعدل كما حكمهـم جده الأمين [1] .

والجعفرية يقولون بعصمة الأنبياء جميعاً من الكبائر قبل النبوة وبعدهـا ، ومما يستخف فاعـله من الصغائر كلها . والإمـام تجري على يده المعجزات وخوارق العادات .

وكان الإمام جعفر الصادق على صلة بفقهاء الإسلام في الأمصار ، وأخذ عن جماعة من التابعين ، وقد أقام بالمدينة فترة ، ثم ذهب إلى العراق وأقام بها مدة.

ومع أن مؤلفات الشيعة تعرضت للتلف منذ عهد السلاجقة [2] ثم الأيوبيين، بقيت بعض أصولهم في خزائن الكتب .

وكان منهج الإمام الصادق-في التشريع—كمنهج جميع أئمة المذاهب الإسلامية ، في الأخذ بكتاب الله تعالى ، وسنة رسوله ، لكنه لا يعتمد إلا على الأحاديث التي رواها أئمة الشيعة ، كما يعتمد أفعال الأئمة الصادرة عنهم تفسيراً للقرآن ، وتبياناً للأحكام ، وما صح من أقـوال الرسول وأفعـاله مما تناقله آل البيت

---

١ ـ المذاهب الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٨١ .

٢ ـ ذكر الخفاجي في كتابه الأزهر في ألف عام : أن الأيوبيين غالوا في القضاء على كل أثر للشيعة فأحرقوا مكتبة القصر الفاطمي التي جمعت مئتي ألف مجلد في الحديث والفقه وغيرهما من العلوم ، وأبادوا مكتبة الأزهر القيمة ، ومكتبة أخرى في دار الحكمة كانت تعد خلفاً لمكتبة الاسكندرية الشهيرة .

المطهرون ، من أحاديث إمام الهدى علي بن أبي طالب ، الذي تلقى علماً غزيراً من ابن عمه رسول الله الأمين ، يوضح ذلك قول الإمام الصادق« حديثي حديث أبي ، وحديث أبي حديث جدي ، وحديث جدي حديث الحسين ، وحديث الحسين حديث الحسن ، وحديث الحسن حديث أمير المؤمنين ، وحديث أمير المؤمنين حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث رسول الله قول الله »

وقد أدي تقديس الشيعة لأئمتهم إلى التسوية بين أحاديث الرسول وأحاديث أئمتهم ، وعلى تفضيل أقوال الأئمة المعصومين على أقوال عامة الصحابة .

وكان لا بد لهم وقد اعتمدوا أقوال أئمتهم المعصومين ، ألا يقبلوا إلا نوعاً واحداً من الإجماع ، وهو الذي اشترك فيه الإمام المعصوم مع المجمعين، ويقولون لو اتفق المجمعون على غير الواقع لأرشدهم إليه ، وهو الأمين على أحكام الله . وهكذا يرجع احتجاج الإمامية بالإجماع إلى الاحتجاج بالسنة التي هي أقوال المعصوم [١] .

أما القياس فقد رفضه الشيعة ولم يأخذوا به أصلاً ، استناداً إلى قول الإمام علي كرم الله وجهه « لو كان الدين يؤخذ قياساً لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره » وما تواتر عن أئمتهم « إن الشريعة إذا قيست مُحِق الدين [٢] » وعندهم القياس هو العمل بالرأي ، وأحكام الشرع لا يصح أن يكون مرجعها الرأي ، أما الأئمة فهم معصومون من الخطأ في هذه الأحكام ، فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع .

ومع هذا لم يغلق الشيعة الجعفرية باب الاجتهاد ، كما أنهم يبتعدون عما تورطت فيه بعض الفرق الشيعية الأخرى ، فهم يبرأون من المقالات التي جاءت

---

١ ـ انظر المبادىء العامة للفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني ص ٢٥٧.

٢ ـ أصل الشيعة وأصولها ص ٩٣ .

على لسان بعض الفرق الشيعية ، ويعدون أقوالهم كفراً وضلالاً .

والإمامية يزيدون على أركان الإسلام ركناً آخر هو الاعتقاد بالإمامة ، [1] فهم يعتقدون أن الإمامة منصب إلهي كالنبوة ، فكما أن الله تعالى يختار من يشاء من عباده للنبوة والرسالة ، فإنه كذلك يختار للإمامة من يشاء ، ويأمر نبيه بالنص عليه كما انفرد الإمامية بوجوب عصمة الأنبياء والأئمة ، وعندهم الأئمة جميعهم معصومون من الذنوب صغيرها وكبيرها ومن السهو والنسيان والخطأ وغير ذلك مما يحدث من سائر الناس — والإمام لا بد وأن يكون افضل الناس وأكملهم .

وأنكر الإمامية الإحباط ، وهو أن يكون أحد العملين مسقطاً وماحياً لآثار العمل السابق ، فكما يسقط الثواب بالمعاصي ، كذلك يسقط العقاب بما يفعله الإنسان من الطاعات والخيرات [1] .

كما قالوا إن مرتكب الكبيرة لا يخرج عن الأيمان بالمعصية مهما كان نوعها ، لأنه لا يعتبر في الإيمان أكثر من التصديق بالقلب عند أكثر الإمامية ، فهم يرون مرتكب الكبيرة مؤمناً فاسقاً مستحقاً للعقاب بمقدار جرمه .

والإمامية مع ذلك لا يفترقون في الفقه عن جمهور أهل السنة إلا في بضع عشرة مسألة : ففي **الصلاة** تتفق الإمامية مع أهل السنة اتفاقاً تاماً إلا في صلاة العيدين فإنها فرض عند الإمامية ، وسنة أو واجب عند أهل السنة — ونوافل

---

١ ـ الإمامة والخلافة لفظتان تعبران عن معنى واحد ، وهو الرياسة العامة في أمور الدين والدنيا نيابة عن النبي صلى الله عليه وسلم. وسمي القائم بهذه المهمات إماماً لأن الناس يسيرون وراءه فيما يشرع لهم ، ويرشدهم إليه — وسمي بالخليفة ، كما كان الشائع في عصر الراشدين وما بعده لأنه يخلف الرسول في إدارة شؤون الأمة وقيادتها (انظر الشيعة بين الاشاعرة والماتريدية ص ٢٢٧ ، ص ٢٥٠).

رمضان ألف ركعة زيادة على القدر المرتب في كل ليلة وهو عشرون ، ويصليها الشيعة فرادى بل إنهم يفضلون صلاتها في بيوتهم معتمدين على حديث « أفضل الصلاة صلاة الرجل في بيته الا المكتوبة[1] . **ومن الزكاة** عند الإمامية ما يسمونه الخمس[2] ، ويجب في غنائم الحرب ، والكنائز[3] ، والمعادن ، والغوص ، وأرباح التجارات ، وأرض الذمى إذا اشتراها من مسلم ، وفي الحرام إذا اختلط بالحلال ولم يتميز — وزكاة الفطر عندهم واجبة ، وهم كالزيدية يحرمون زواج المسلم بامرأة نصرانية أو يهودية ، كما أن عندهم الزواج قد يكون مؤبداً وهو ما تعرفه أهل السنة ، وقد يكون إلى اجل معلوم وهو زواج المتعة أو المؤقت ، مستندين في تحليله إلى ما رواه ابن عباس وغيره عن الرسول ، رافضين ما يؤكده أهل السنة والشيعة الزيدية من أنه نسخ في ايام الرسول نفسه[4] . وقد اشترطوا لصحته أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية ، وقالوا إنه يلزم فيه عقد ومهر ، ويترتب عليه نسب وميرات للولد ، وينتهي بانقضاء الأجل الذي لا بد من ذكره — كما قيدوا الطلاق بقيود كثيرة أهمها : أنه لا يقع

---

(١) وكلمات الاذان عندهم هي الله اكبر الله اكبر ، الله اكبر ، الله اكبر ، اشهد ان لا اله إلا الله ، أشهد ان لا اله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله حي على الصلاة ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، حي على الفلاح ، حي على خير العمل ، حى على خير العمل ، الله أكبر ، الله أكبر ، لا اله إلا الله ، لا اله إلا لله راجع من المعتبر شرع المختصر النافع

(٢) يقسم الخمس ستة أقسام على الاشهر : ثلاثة للامام ، وثلاثة لليتامى والمساكين وأبناء السبيل ممن ينتسب الى عبد المطلب بالأب ، وفي استحقاق من ينتسب اليه بالأم قولان ، اشبهها أنه لا يستحق .

(٣) لا يجب في الكنز خمس حتى تبلغ قيمته عشرين ديناراً ، وكذا يعتبر في المعدن ، ولا يجب في الغوص حتى تبلغ ديناراً ، ولا في ارباح التجارات الا فيما فضل منها عن مؤنة السنة له ولعياله ، ولا يعتبر فيما بقى مقدار (راجع المختصر النافع ص ٦٢ .)

(٤) وقد يرون أن هذا النوع من الزواج ضروري ومفيد للمجتمع ، وبخاصة للرحالة الذين ينتقلون من بلد الى بلد آخر ، ولا يستطيعون أن يعيشوا بعيداً عن زوجاتهم ، فهو يعصمهم من الوقوع في الزني ، وقد اطال فقهاؤهم في ذلك .

إلا إذا حضره شاهدان عدلان، فإن لم يشهد على الطلاق كان باطلاً ، كما قالوا إن الطلاق ثلاثاً مرة واحدة يعتبر طلقه واحـدة ، ولا تحرم الزوجة على زوجها به بل يجوز مراجعتها .

ولهم في المواريث مسائل كثيرة تخالف ما عليه أهل السنة ، فمن ذلـك أن ولد الولد لا يرث مع وجود الولد . وكذا وزعوا التركة عـلى الوارثين بحسب مراتبهم الطبيعية ، فاعتبروا الأبوين والأولاد في المرتبة الأولى، وهم أحق الورثة بالميراث ، لأنهم يتقربون إلى الميت بـلا واسطة ، وجعلوا الإخوة والأخوات والأجداد والجدات في المرتبة الثانيـة ، وجعلوا الأعمـام والعمات والأخوال والخالات في المرتبة الثالثة ، فإذا فقدت المرتبة الأولى بكامل أفرادهـا ، انتقل الاستحقاق في الإرث إلى الثانية ، وإذا لم يوجد واحد من الثانية انتقل الميراث إلى الثالثة . فمن ترك : بنتاً ، وأخاً — فالميراث عندهم للبنت تأخذ التركة كلها ، ولا يرث الأخ شيئاً — ومن ترك : بنتاً ، وأمـاً ، ورثت الأم ربـع التركة ، والبنت ثلاثة أرباعها ، ومن ترك : زوجة ، وأماً ، وجداً — ورثت الزوجـة الربـع ، وترث الأم ثلاثة أرباع التركة ، ولا شيء للجد عندهم .

وقد أسس فقه الإمامية في إيران أبو جعفر محمد بن الحسن بن فرويح الصَّفار الأعرج القُمّي ، وقد توفي سنة ٢٩٠ هـ ، وقد كتب كتابة « بشائر الدرجات في علوم آل محمد ومـا خصهم الله به »[١] — لكن نستطيع أن نقرر أن أول كتاب في فقه الشيعة هو للإمام موسى الكاظم الذي مات سجيناً سنة ١٨٣ هـ، وهو إجابات عن مسائل وجهت إليه تحت اسم **الحـلال والحرام** ، ثم كتب ابنه علي الرضا كتاب « فقه الرضا »[٢] .

---

(١) طبع هذا الكتاب ١٢٨٥ هـ

(٢) طبع هذا الكتاب في طهران ١٢٧٤ هـ.

ثم ألف بعد ذلك محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني شيخ الشيعة المتوفي سنة ٤٢٨ هـ كتابه « الكافي في علم الدين [١] » وهو كتاب يعتبر رابع الكتب الأساسية للشيعة .

ومن الكتب المعروفة في المذهب « كتاب شرائع الإسلام » لجعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق ، وشرحه المسمى « جواهر الكلام » لمحمد حسن النجفي ، «وتذكرة الفقهاء» لحسن بن يوسف الحلي وهوفي جزءين ، وكتاب« وسائل الشيعة إلى مسائل الشريعة » لمحمد بن الحسن بن علي الحر العاملي المتوفي سنة ١١٠٤ هـ ، وكتاب «مفتاح الكرامة شرح قواعدالعلامة » تصنيف محمد الجواد بن محمدالحسيني العاملي المتوفي سنة ١٢٢٦ هـ .

ولا شك أن الإمامية من أهم فرق الشيعة ، ويقدر أتباعها بنحو ثلاثين مليوناً ، منهم في إيران قرابة الثمانية عشر مليوناً ، وفي باكستان والهند سبعة ملايين ، وفي العراق ثلاثة ملايين ، وفي لبنان أكثر من ربع مليون ، وفي سوريا ثلاثة عشر ألفاً تقريباً .

ومذهب الإمامية هو مذهب الدولة في إيران فتيا وقضاء شرعياً، وذلك منذ سنة ٩٠٧ وعند بدء الدولة الصفوية . وقد جرت في القرن الثامن عشر الميلادي محاولات عديدة في إيران لتوحيد المذاهب السنية والمذاهب الشيعية ، ولكنها لم تفلح – ولا يزال العمل بالمذهب الجعفري في لبنان بالنسبة للجعفرية ، ولهم محاكم خاصة بهم تنظر في مسائل الأحوال الشخصية ، وتسمى المحاكم الجعفرية [٢] .

---

١ ـ هو كتاب لا يستغني عنه باحث في العلوم والآداب والدراسات الإسلامية ، فقد احتوى على ستة عشر ألفاً وتسعة وتسعين حديثاً كلها من طريق آ ل البيت .

٢ ـ راجع فلسفة التشريع في الإسلام ص ٧٤ الطبعة الثالثة ١٩٦٠ .

٣ ـ المذهب الاسماعيلي :

ينسب هذا المذهب إلى اسماعيل بن الإمام جعفر الصادق ، فهو من المذاهب الشيعية التي جنحت إلى الغلو أكثر من ميلها إلى الاعتدال ، والفرق بين الإسماعيلية والجعفرية « الإمامية الاثنا عشرية » إنما هو في ترتيب الأئمة . فالإمامية الإثنا عشرية لم تعترف بإمامة اسماعيل ـ وانتقلوا بالإمامة من جعفر الصادق إلى ابنه موسى الكاظم ـ بينما الإسماعيلية نبذوا إمامة موسى الكاظم ، وقالوا بإمامة الأخ الأكبر للإمام جعفر وهو اسماعيل . وقد ظهر هذا المذهب في مصر ، واتبعه فيها الخلفاء الفاطميون من سنة ٩٠٩ هـ إلى سنة ١١٦١ هـ فإنه لما جاء المعز لدين الله إلى القاهرة التي أسست قبل مجيئه ونسبت إلى اسمه ، كان معه عالمه الأكبر ، وفقيه الإسماعيلية ، فلم يلبث أن عينه قاضي القضاة بمصر ، وهي أول مرة عرف فيها هذا المنصب بمصر . وكان هذا القاضي يقضي بين الناس بمذهب الإسماعيلية في المواريث ، وفي أشياء أخر ـ ومواريث العترة تخالف ما عليه الجمهور في مسائل كثيرة أهمها أن ليس عندهم تعصيب ولا عول ، ويضعون بدل التعصيب الأقربية فيورثون الأقرب فالأقرب إلى الميت ذكراً كان أو أنثى ، كما قدمنا عند الإمامية ويقدمون ابن العم الشقيق على العم لأب مع أن العم أقرب ويحتجون على ذلك بإجماع الطائفة المحقة .

ومحور العقيدة عند الإسماعيلية يدور حول شخصية الإمام ، وأنها في التقديس بعد الذات الإلهية ، وعلى ضرورة وجود إمام معصوم ، وهم يقرون بالوحدانية لله ، وينطقون بالشهادتين ، لكنهم في نفس الوقت يقولون إن لكل أمر ظاهراً وباطناً ، ولكل تنزيل تأويل ظاهر وتأويل باطن [١] ، ولذلك فإن من أسمائهم

---

١ ـ مثل قولهم الوضوء عبارة عن موالاة الإمام ، والتيمم هو الأخذ من المأذون عند غيبة الامام الذي هو الحجة ، والصلاة عبارة عن الناطق أي الرسول ، والغسل تجديد العهد والزكاة تزكية النفس بمعرفة ما هم عليه من الدين ، (انظر كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى جـ ٣ ص ٦٦٩) .

الباطنية ، كما أنه يطلق عليهم السبعية ، ويقولون إن المراد بالقرآن باطنه لا ظاهره المعلوم من اللغة ، والمتمسك بظاهره معذب بالمشقة في الاكتساب ، وباطنه مؤد إلى ترك العمل بظاهره .

وللإسماعيلية تفاسير للقرآن فيها الكثير من الطرافة والجرأة ، وأفكارهم فلسفية تقرب من الفلسفة الأفلاطونية في أكثر مناهجها .

أما فقه الإسماعيلية فهو غير مشهور ، ويعتمدون على كتاب يسمى « دعائم الإسلام » لمؤلفه القاضي النعمان بن محمد التميمي المغربي المتوفي سنة ٣٦٣ هـ ، وتوجد منه عدة مخطوطات .

ومن شروط الإيمان عند الإسماعيلية أن يؤمن الإسماعيلي بالظاهر والباطن معاً ، وأن الإيمان بواحد منهما دون الآخر يعتبر خروجاً على المذهب وكفراً ، وهم يكادون ينكرون صفات الله ويعللون ذلك بأن الله فوق متناول العقل .

ويتولى رئاسة الإسماعيلية اليوم الأمير كريم بن علي المعروف بأغا خان ، وهو عند أتباعه الإمام التاسع والأربعون بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، وهؤلاء يدفعون له العُشْر من أموالهم ، ويكنون له الولاء والتعظيم — والأتباع اليوم يقدرون بين الثمانية والإثني عشر مليوناً ، وهم طائفتان : الإسماعيلية الشرقية ، والإسماعيلية الغربية ، فالأولى « الشرقية » مركزها باكستان والهند ولها منتحلون أيضاً في إيران وآسيا الوسطى ، والثانية (الغربية) منتشرة في بلاد العرب الجنوبية ، وبجوار خليج العرب ، وفي إفريقيا الشرقية وفي جبال حماة واللاذقية من سوريا ، ويقدر عدد الإسماعيلية في سوريا وحدها بنحو ثمانية وعشرين ألفاً ونصف الألف [1] .

---

١ ـ انظر فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني ص ٧٧ ـ ٧٩

ولما ولي صلاح الدين أزال مظاهر الاسماعيلية وصرف قاضيها ، وحارب المذهب الاسماعيلي بمصر حتى لم يبق له أثر ، وقطع الصلة بين مصر وبين هذا المذهب حتى انقرض ، مع أنه كان قليلاً لأن الناس كانوا ينفرون من مظاهر الاسماعيلية ومن عقائدهم ، ومما زاد في تفرقهم تلك السرية التي تحيط بدعوتهم (تاريخ التشريع الاسلامي ص ٣٤٣) .

وهناك فرقة خارجة عن الإسماعيلية ، ومنفصلة عنها بتعاليم مختلفة ، هي المسماة « بالنصيرية » نسبة إلى ابن نصير ، الموالي للإمام الحادي عشر من الأئمة الإثني عشر « الإمام الحسن العسكري » المتوفي سنة ٣٨٣ هـ وقد تسمى أتباعها بالعلويين في أيام الانتداب الفرنسي ، بناء على طلبهم ، وهم منتشرون في منطقة اللاذقية وجوارها من سوريا ويبلغ عددهم حوالى ٢٢٨ ألفاً ويسكنون البلاد الواقعة غربي العاصي في جبل النصيرية .

ونعرض في هذا المقام نبذة عن :

الطائفة الدرزية :

فرقة أسسها دَرَزِي وكان من دعاة الباطنية ،ونصير الحاكم بأمر الله الخليفة الفاطمي ، لجأ إلى لبنان وسوريا وبشر فيهما بمذهبه بعد مغادرته مصر في سنة ١٠١٢ م ، وانتشرت دعوته في سوريا (حلب وجهات بانياس) ولبنان ، وقد استوطن الدروز لبنان من أواخر القرن الثاني عشر الميلادي في « وادي التيم ، والغرب، والمتن، والشوف » وهاجر عدد منهم إلى سوريا في أواخر القرن السابع عشر الميلادي ،ولا سيما في منتصف القرن التاسع عشر ،فقطنوا جهات اللجاه ،ومرتفعات جبل حوران الذي سمي باسم جبل الدروز ، ويبلغ عدد دروز لبنان (٨٢) ألفاً ، ويوجد بفلسطين بعض الدروز .

وقد ظلت هذه الطائفة على كتمانها لعقيدتها للآن ،منطوين على أنفسهم ،غير مريدين لمبادئهم ،أن تذاع أو تنتشر بين الناس ، ومما يذكر عنهم أنهم يؤمنون بالتقمص ،أي تقمص الأرواح وانتقالها من جسد إنسان مادي إلى جسد إنسان آخر مادي من نفس النوع والشبه في التركيب الجسماني .

وهذه الطائفة تعتنق الإسلام ، ولكنهم يقولون إن شريعتهم مأخوذة من القرآن ومن ستة عشر كتاباً خطياً لا يسمح لأحد الإطلاع عليها ، كما أنهم لا يقبلون أحداً في دينهم ولا يسمحون لأحد الخروج منه ، وحتى الذين يخرجون من عقيدتهم لا تعترف الدروز لهم بهذا الخروج .

وللطائفة الدرزية في لبنان محاكم مذهبية خاصة ، تشرف عليها الدولة ، وتخضع لأصول معينة ، ولها أيضاً قانون خاص بالأحوال الشخصية ، قد صدر في ٢٤ شباط سنة ١٩٤٨ ، وهذا القانون نص فيه على بعض الأحكام الخاصة بهم ، ونص فيما عدا ذلك على وجوب اتباع المذهب الحنفي . ومن أحكامه الخاصة منع تعدد الزوجات ، ومنع إعادة الرجل مطلقته ، ووجوب اقتران الطلاق بحكم القاضي ، وتعيين أقصى مدة الحمل بثلاثمائة يوم ، وجواز الوصية بأي مقدار ، وللوارث وغير الوارث ، ومنها قاعدة التنزيل في الأرث . وهي أنه إذا توفي الفرع قبل موته قامت فروع الفرع مقامه وأخذت نصيبه كما لو كان حياً ، وكذلك اختلاف الدين والملة عندهم لا يمنع صحة الوصية ، ولا يجوز زواج الدرزية من غير الدرزي ولا زواج الدرزي من غير الدرزية ، فإذا حدث زواج من ذلك فإنه يكون باطلاً ، ولا يجوز الطلاق إلا مرة واحدة ، ولا رجعة للزوجة عندهم أبداً ، فلا يجوز للمطلقة أن تعود إلى مطلقها أبداً حتى ولو بعد زواجها من غيره [1] .

الفصل الثالث

المذاهب المندثرة « البائدة »

١ ـ المذهب الظاهري

نشأ هذا المذهب في بغداد في منتصف القرن الثالث الهجري ، وظهر إلى الوجود على يد مؤسسه وداعيته الأول : داود بن علي بن خلف الأصفهاني ،

---

١ ـ لكن يوجد من بين الدروز الآن من يحافظ على الصلاة بالكيفية التي يمارسها جميع المسلمين ويترددون على المساجد لأداء الصلاة ، كما وجد من بينهم من يقوم بأداء الزكاة برضى وإيمان ، بل إن عدداً غير قليل من الدروز يؤدي كل عام فريضة الحج ، ويطوف بالبيت الحرام ، حتى لقد بلغ في سنة ١٣٧٤ هـ عددهم ٣٦ درزياً من قرى محافظة دمشق وحدها ، وكذا يوجد من بينهم من يصوم رمضان صياماً صحيحاً ، ويحضون غيرهم على صومه والتصدق في أيامه .

المعروف بأبي سليمان الظاهري ، ولد بالكوفة سنة ٢٠٠هـ أو سنة ٢٠٢ هـ ، ونشأ ببغداد ثم توفي بها سنة ٢٧٠ هـ ، وقد تفقه أولاً على المذهب الشافعي ، وأخذ العلم عن تلاميذ الإمام الشافعي ، ثم سمع من محدثي عهده ، ورحل إلى نيسابور ليسمع المحدثين ، وكان قوي الحجة حاضر البديهة ، كما أخذ العلم أيضاً عن أبي ثور وغيرهما ، وإسحاق بن راهويه ، وكان أكثر الناس تعصباً للشافعي ، وصنف في فضائله والثناء عليه كتابين ، ثم انتحل لنفسه مذهباً خاصاً عرف بالمذهب الظاهري . لأنه كان يأخذ بظاهر الكتاب والسنة ، واختط لنفسه طريقاً جديداً جريئاً . وقد لقن تلاميذه الذين كانوا يحضرون مجلسه ويروون عنه هذا المذهب الذي كان أساسه العمل بظاهر كتاب الله وسنة رسوله ، ما لم يدل دليل منهما أو من الإجماع على أنه يراد به غير الظاهر – فإن لم يوجد نص عمل بالإجماع بشرط أن يكون إجماع علماء الأمة جميعاً ، وهيهات أن يتحقق هذا الشرط فكأنه رفض الرجوع للإجماع ، كما رفض القياس رفضاً باتاً ، وقال إن في عمومات النصوص من الكتاب والسنة ما يفي بجواب كل مسألة ، ولم يأخذ بالرأي ولا الاستحسان وما إلى ذلك من الأدلة بل رفضها أيضاً ، فلا يعتبر شيئاً من ذلك من أدلة الأحكام [1] ، واتخذ قوله تعالى « فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ » (سورة النساء / ٥٩) أساساً لمذهبه .

وقد كان داود من حفاظ الحديث ، لكن قام بتصنيف كثير من الكتب على أبواب الفقه ، فله في الأصول « كتاب إبطال التقليد » و « كتاب إبطال القياس » ، و « كتاب خبر الواحد » ، و « كتاب الموجب للعلم » ، و « كتاب الحجة » ، و « كتاب المفسر والمجمل » .

وقد اتبع مذهبه كثيرون ، اشتهر منهم ولده « محمد بن داود المتوفي سنة ٢٩٧ هـ » وابن المُغَلِّس المتوفي سنة ٣٢٤ هـ ، وانتشر هذا المذهب في الأندلس ،

---

١ - ابن خلكان جـ ١ ص ١٧٥ .

حيث بقي حتى القرن الخامس ، ثم ابتدأ في الاضمحلال ، إلى أن انقرض تماماً في القرن الثامن للهجرة وليس له أثر الآن إلا في الكتب .

خصائص المذهب الظاهري في أصوله :

اختص المذهب الظاهري بأمرين (١) الأخذ بظواهر النصوص وأن القرآن مبين كله إما بذاته أو ببيان السنة ، فالأمر عندهم للوجوب إلا إذا قام دليل من نص آخر على غير ذلك. -٢- نفي القياس ، لكنه يفتح باب الاجتهاد على مصراعيه ، حتى لقد جرأ العامة على استنباط الأحكام ، وكان ذلك سبباً من أسباب الثورة العنيفة التي شنها العلماء على هذا المذهب .

ومن أمثلة الفقه الظاهري :

أ- لا يقع الطلاق إلا بأحد ألفاظ ثلاثة : الطلاق ،والتسريح ،والفراق وما اشتق منها إذا نوي بها الطلاق ، وما عدا هذه الألفاظ لا يقع بها طلاق نوي بها طلاقاً أو لم ينو .

ب - لا تجوز الوكالة في الطلاق .

جـ - وجوب الزواج ابتداء حملاً للأمر الوارد في قوله تعالى « فانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ » على الوجوب .

د - الإشهاد على البيع والطلاق والرجعة واجب وحتم فلا يصح طلاق ولا رجعة بدون وجود شاهدي عدل.

هـ - من طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق ، لكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة قضي عليه بالطلاق ، وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق .

ومن تلاميذ داود ابن حزم الظاهري :

هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفي سنة ٤٥٦ هـ فقيه أندلسي عالم ، قوي الحجة ، لكنه عنيف العبارة نحو مخالفيه ، فإنه لم يتورع من رميهم

بالكلام الشديد القارص ، كوصفه أقوال أبي حنيفة وأتباعه بالكذب ، وبالكلام الأحمق البارد وما أشبه ذلك ، وكان من أخلص تلاميذ داود الظاهري ، وقد حمل عبء الدفاع عن المذهب في وقت كان في أشد الحاجة إلى مثله ، ولو أنه رزق الحيلة والمداراة ولم يصطدم بالحكام ، ولم يكن لسانه على علماء عصره كسيف الحجاج لكان للمذهب الظاهري شأن آخر ، وله مؤلفات أشهرها: « كتاب الإحكام لأصول الأحكام » في ثمانية أجزاء ، ومختصره « النبذ في الفقه الظاهري » ، و « كتاب المحلى في فروع الفقه » في أحد عشر جزءاً ، و « كتاب الفصل في الملل والأهواء والنحل » وغيرها .

وقبل أن نختم كلمتنا عن هذا المذهب نقول إنه وإن اشتط في التمسك بظاهر النصوص والابتعاد الشديد عن القياس والرأي ، لكنه انفرد أحياناً بنظريات وأحكام لا يظهر فيها تضييقاً على كثير من الناس وبخاصة في المعاملات التي تجري بين الناس كل يوم . بل إننا نجد بعض هذه الأحكام قريبة من المصلحة فمن ذلك أن الظاهرية يرون أنه تجب نفقة الزوج المعسر على زوجته الغنية شرعاً [1] ، استناداً إلى قوله تعالى ، « وَلَهُنَّ مِثْلُ الذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعْرُوفِ » (البقرة / ٢٢٨) ولأنها ترثه فعليها النفقة بنص القرآن ، ولا شك أن هذا رأي طريف فيه خير كثير من الناحية الاجتماعية ، ولا ينافي روح الشريعة الإسلامية .

٢ – مذهب الأوزاعي

هو أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي الدمشقي .. وينتسب إلى الأوزاع وهي بطن من اليمن ، وقيل قرية بدمشق على طريق باب الفراديس نزل فيهم أبو عمرو فنسب إليهم ، ولد في بعلبك سنة ٨٨ هـ ويذكر الذهبي : أنه

---

١ ـ المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٩٢ .

ولد بدمشق ونشأ بها . وسكن في آخر عمره بيروت ومات بها عام ١٥٧ هـ ، وهو إمام عصره عموماً ، وإمام أهل الشام خصوصاً » [١] . وقد دفن الإمام الأوزاعي في الجهة الجنوبية من مدينة بيروت [٢] .

وكان فقيهاً ، ورعا ، عالماً في الحديث ،وكان أهل الشام على مذهبه ، ثم انتقل المذهب إلى الأندلس ، ولكنه انقرض بعد القرن الثاني للهجرة ، بظهور المذهب الشافعي في الشام ، والمذهب المالكي في الأندلس [٣] .

وكان رحمه الله دَيّناً لا يخاف في قول الحق أحداً ، ولا يهاب شيئاً ، يروي الذهبي أن عبد الله ابن عم السفاح الخليفة العباسي الأول ، قدم الشام بعد أن قتل بني أمية ، واستدعى الأوزاعي ، وسأله عن دماء بني أمية ، فقال له : دماؤهم عليك حرام ، فغضب ، وقال لِمَ ؟ فأجابه بأن الرسول قال : « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : ثيب زان ، ونفس بنفس ، وتارك لدينه » ، فقال الأمير ويحك ! أليس الأمر (يريد الخلافة) لنا ديانة ؟ قلت : كيف ذاك؟ قال : أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى لعلي ؟ قلت : لو أوصى إليه لما حَكّم الحكمين ! وهنا يشتد غضب الأمير ، حتى ليتوقع الأوزاعي أن يُسقط رأسه بين يديه ، ولكن الأمير يشير إليه بالخروج ، ويتبعه برسول معه دنانير له ، فيأخذها الأوزاعي ويفرقها قبل أن يدخل بيته [٤] .

وقد عاصر الأوزاعي الإمام مالك ، وأخذ كل منهما عن صاحبه ، فهو يعتبر من أهل الحديث ، ولا يرى الأخذ بالرأي ، يدل على ذلك أنه كان يوصي باتباع السنة ولزوم الجماعة ويقول « إذا بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره ، فإنه كان مبلغاً عن الله [٥] .

---

١ ـ تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٦٩ .
٢ ـ في مكان يعرف اليوم باسم محلة الأوزاعي .
٣ ـ فلسفة التشريع في الاسلام ص ٦٦ .
٤ ـ تذكرة الحفاظ بتصرف جـ ١ ص ١٧ .
٥ ـ المصدر السابق .

والمذهب الأوزاعي يعدمن مذاهب أهل الحديث ، الذين ينفرون [١] من الرأي والقياس ، وقد فني العارفون به وبقي منه ما يوجد في كتب الخلاف .. ويقال إن للأوزاعي كتاب السنن ، وكتاب المسائل في الفقه ، كما قيل إنه يوجد مخطوط في فقه الأوزاعي في مكتبة كلية القرويين بفاس ، عاصمة المغرب الأقصى – فإذا صح ذلك ، فعسى أن يهتم أولو الأمر هناك بطبع هذا المخطوط النفيس ، وإخراجه للناس خدمة للعلوم الشرعية الإسلامية .

٣ – مذهب الثوري :

هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ، ولد بالكوفة سنة ٩٧ هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ على الأصح ، وكان من الأئمة المجتهدين بإطلاق ، جمع بين الأمانة في علم الحديث وغيره من العلوم ، يروي ابن خلكان : أنه كان يقال : « كان عمر بن الخطاب في زمنه رأس الناس ، وبعده عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وبعده الشعبي ، وبعده سفيان الثوري » إلا أن مذهبه لم يكثر أتباعه ولم يطل تقليده ، بل انقطع عن قريب [٢] . وعندما أراده المنصور ليتولى القضاء ، أخذ سفيان الكتاب ورمى به في نهر دجلة وهرب ، وله كتاب الجامع الكبير والجامع الصغير ، وكتاب الفرائض .

٤ – مذهب الطبري :

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ولد سنة ٢٢٤هـ بآمل بطبرستان ، طلب العلم وطاف البلاد ، فجمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره ، فكان حافظاً لكتاب الله عارفاً بأصول الصحابة والتابعين ، بصيراً بأيام الناس وأخبارهم ، يقول ابن النديم عنه : « عَلاّمة وقته وإمام عصره وفقيه زمانه » كان متفنناً في جميع العلوم فقد علم القرآن والنحو والشعر واللغة والفقه ، وكان

---

١ – عده ابن قتيبة مع أهل الرأى خطأ انظر المعارف ص ١٧ .

٢ – تاريخ بغداد حـ ١٣ ص ٣ .

كثير الحفظ ، مات في بغداد سنة ٣١٠ هـ .

أخذ الفقه عن الشافعي ومالك وأبي مقاتل من أهـــل الرأي ، ثم انتحى لنفسه مذهباً خاصاً، وانتشر مذهبه في بغداد ، وله مؤلفات كثيرة لا يزال عدد غير قليل منها بين أيدينا ، ومن هذه المؤلفات: كتاب تاريخ الطبري ، وتفسير الطبري ، وكلاهما موسوعة علمية لها كبير الخطر وعظيم الأثر ، وله أيضاً كتاب اختلاف الفقهاء ، وقد نشر إحدى القطعتين الباقيتين منه المستشرق الألماني فردريك كون سنة ١٩٠٢ م بمصر ، ونشر زميله يوسف شخت القطعة الأخرى عام ١٩٣٣ م ، وهو كتاب قيم يرينا صوراً من اختلافات الفقهاء ، واحتجاج كل لرأيه ، ويزيد في قيمته أنه حفظ لنا أقوال كثير من الفقهاء الذين اندثرت مذاهبهم ، فلم يبق منهم إلا ما يجيء في كتب الخلافات .. وله كتاب تهذيب الآثار لكنه لم يتمه وله في الفقه كتاب لطيف القول وهو مـــا اختاره وجَوَّده ، وكتاب الخفيف الذي ألفه بناء على طلب وزير المكتفي .

وله أصحاب متفقهون على مذهبه منهـــم على بن عبد العزيز الدولابي له من الكتب كتاب الرد على ابن المغلّس (من أصحاب داود الظاهري) — وأيضاً منهم أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد بن أبي الثلـــج الكاتب ، وقـــد استمر هــــذا المذهب معروفاً ، ومعمولاً به إلى منتصف القرن الخامس الهجري[٢] .

مذهب الليث بن سعد : « فقيه مصر »

هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، كان أسلافه الأوائل من أصبهان ، واشتركوا في فتح مصر ، يقول القلقشندي عنـــه في صبح الأعشى « ومن بلادنا

١ ـ الفهرست ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

٢ ـ من الطرائف التي تهم أنصار المرأة في الوقت الحاضر ، أن هذا المذهب والمذهب الظاهرى جوزا للمرأة أن تكون قاضياً على الإطلاق في كل شيء ، خلافاً لأبي حنيفة الذى لم يجوز لها ذلك إلا في قضايا الأموال وخلافاً لباقي الفقهاء الذين لم يجعلوا لها هذا الحق مطلقاً (فلسفة التشريع في الاسلام ص ٦٩) .

قلقشنده وهي بلد حسنة المناظر ،غزيرة الفواكه وإليها ينسب الليث – ثم يقول: « وأهل بيته يذكرون أن أصله من فارس ، وليس لما يقولون ثبات عندنا » وفي ذلك إشارة إلى أن الليث من أصل عربي وقد ولد الليث سنة ٩٤ هـ بقلقشنده إحدى قرى القليوبية (من محافظات مصر) « ولا تزال هذه القرية قائمة إلى اليوم » .

وقد اشتهر منذ شبابه بالتدين ، والورع وحسن الإسلام والتقوى وكان ذا شخصية مستقلة ، معتمداً على نفسه ، معتزاً برأيه في غير تشدد ولا عنف . سافر إلى كثير من أمصار العالم الإسلامي ، فارتحل إلى الحجاز ، ثم إلى العراق ،وأخذ من علمائها فكانت أولى رحلاته إلى الحجاز وسنه لم يتجاوز العشرين ،وفي أثنائها سمع من ابن شهاب الزهري بمكه كما سمع من ابن ابي مليكه الكثير من الحديث. ثم ارتحل إلى العراق بعد زمن أبي حنيفة في سنة ١٦١ هـ ، ولقى ربيعة شيخ الإمام مالك وناظره في بعض المسائل ، ثم عاد الليث إلى مصر يمارس نشاطه العلمي في توجيه الحياة التشريعية ، وإرساء أصولها بما امتاز به من حس بصير بأصول الشريعة وفروعها ، وبما اكتمل لديه من وسائل الفهم والاستنباط .

وكان الليث يقدر الامام مالك تقديراً عظيماً ،لما عرف عنه من عناية بالحديث والآثار ،وبما له من أسبقية في ذلك تمثلت في كتابه الموطأ . وكان يصل مالكا ما واتته الفرصة ،ويدفع عنه ضروات العيش ما استطاع ، كما كان باراً بأصحابه ، كريماً يعطي العلماء ويقدر عملهم مع زهده في كل شيء –وقد قسّم الليث نشاطه– في خدمة الحياة – إلى أربعة مجالس : فأما أولها فكان يراجع فيه أعمال الولاة والقضاة ، ويقيس فتاوى أولئك القضاة على الكتاب والحديث والسنة فإن وافقتها قبلها ، وإلا كتب إلى الخليفة يطلب إليه عزل الوالي أو القاضي ، لا يتهيب في ذلك سطوة ، ولا يمنعه عن قول الحق خوف أو خشية ، ثم ثانياً يجلس لأصحاب الحديث ،ثم ثالثاً يجلس لمسائل الناس ،ثم رابعاً يجلس لحوائج الناس.

وكان يرى أن ذبائح أهل الكتاب وأطعمتهم حلال للمسلمين ، وإن ذكروا

عند ذبحها اسم المسيح ،وهو في هذا يقرر صراحة أن الاسلام جاء وأهل الكتاب على عادتهم من هذا الذبح ، وقد أقرهم عليها .

وقد اعتمد الليث أولاً القرآن والسنة ،والترجيح بين المرويات بناء على صدق الراوي وأمانته ودقته، وأجاز الرواية بالمعنى إن استكملت شروطها،وتوافرت لديه أسبابها .

وقد أخذ الليث على مالك تعصبه لأهل المدينة ، ورواياتهم ، ولكنه يرجح قراءة أهـــل المدينة على غيرها من القراءات ، ولم يسوّ بينهـا وبين الأمصار الإسلامية الأخرى . وقد توفي الليث سنة ١٧٥ هـ وشيعه إلى مثواه الأخير خلق كثير وصلى عليه والي مصر يومئذ ومات بالفسطاط ، ودفن في قرافتها ، وله مسجد يزار ، ويتبرك به الناس .

وقد عاصر مذهب الليث بن سعد مذهب الإمام الشافعي في مصر ،ولكن مذهبه مع علو قدمه لم يكتب له البقاء لأسباب كثيرة من بينها عدم تدوينه لمذهبه كما فعل غيره ، وقلة أتباعه الذين خلفوه على رعاية المذهب ، ثم أخيراً حسد أقرانه له ، حيث كانت لهم منزلة عنـد الأمراء والخلفاء ، فعملوا على تشجيع المــذاهب الأخرى ،وصرف الناس عن مذهب الليث ،وفي الموازنة بين الليث ومالك نرى ابن خلكان يذكر : أن الشافعي قال « الليث بن سعد أفقه من مالك ، إلا أن أصحابه لم يقوموا به [١] » . وقد حفظ لنا ابن القيم رسالة عن فقيه مصر الليث ابن سعد بعث بها إلى إمام المدينة مالك بن أنس ، وهي رسالة تعتبر بحق مثـلا أعلى لتراسل العلماء ،وإجلال بعضهم لبعض،وجدلهم في سبيل الحق وحده [٢]» .

---

١ — وفيات الأعيان جـ ١ ص ٦٢٥ . تذكرة الحفـــاظ للذهبي جـ ١ ص ٢٠٧ ، شذرات الذهب لابن العماد جـ ١ ص ٢٨٥ — والليث بن سعد فقيه مصر للدكتور السيد احمد خليل .

٢ — إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٧٢ وما بعدها .



« خاتمة في موقف الائمة المجتهدين من التقليد »
« وأسباب اختلاف الفقهاء »

المسألة الأولى : الأئمة والتقليد

لم يكن للائمة توجيه خاص يدعو إلى الأخذ بمذاهبهم ، أو إلى إلزام الناس بتقليدهم ، بل الذين ثبت عنهم أنهم نهوا الناس عن ذلك ، وشددوا النكير على من يعمل بأقوالهم على وجه التقليد ، دون أن يتعرف على سند القول ودليله .

فها هوذا أبو حنيفة يقول: «لا ينبغي لمن لم يعرف دليلي أن يفتي بكلامي» ، كما أنه كان إذا أصدر فتوى قال « هذا رأي النعمان بن ثابت ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاءنا بأحسن منه فهو أولى بالصواب » .

وكذلك نقل عن الإمام مالك قوله: « ما من أحد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

كما قال الإمام الشافعي : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » وفي رواية « إذا رأيتم كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث ، واضربوا بكلامي الحائط » كما روى عنه قوله « مهما قلت من قول ، أو أصَّلْتُ من أصل ، فبلغ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما قلت ، فالقول ما قاله صلى الله عليه وسلم » — وقال الشافعي يوما لتلميذه المزني : « يا ابراهيم لا تقلدني في كل ما أقول ، وانظر في ذلك لنفسك فإنه دين » — وأخيراً يقول الشافعي « مثل الذي يطلب العلم بلا حجة ، كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب ، وفيها أفعى وهو لا يدري » .

كما نهى الإمام أحمد بن حنبل بعض الناس عن التقليد عامة فقال : « لا تقلدني ولا تقلدن مالكا ، ولا الأوزاعي ، ولا النخعي ، ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من

حيث أخذوا من الكتاب والسنة. لا ينبغي لأحد أن يفتي إلا من يعرف أقاويل العلماء في الفتاوى الشرعية ، ويعرف مذاهبهم ، كما قال : « من قلة فقه الرجل أن يقلد في دينه الرجال »

وإن من يتأمل هذه الأقوال المنقولة عن أصحاب المذاهب الفقهية يجد أنها كلها ناطقة بكون التقليد للأئمة ليس على حق ، بل هو مجانب للصواب ، وأن الأتباع في أخذهم بأطراف أقوال الفقهاء ، وتمسكهم بالمذهب ، والدفاع عن آرائهم ، ليس محل رضي من الأئمة ، ومن الخير للأتباع أن يتركوا التعصب جانباً ، لتعود للفقه قوته ، فلا يصاب بالجمود ، ويرمي بعدم مرونته ومسايرته للعصر والرجاء في الله كبير أن يتحقق للفقه ما نصبو إليه من عزة ، وما نتطلب له من رفعة .

المسالة الثانية :

أسباب اختلاف الفقهاء

يعود اختلاف الفقهاء أصحاب المذاهب إلى أسباب عديدة ، وقبل أن نوضحها نقرر أنهم جميعاً على اتفاق بالأخذ بكتاب الله تعالى ، الذي هو أصل الأصول ، والمرجع الأول لمعرفة الاحكام كما اتفقوا على أن الذي يلي كتاب الله تعالى في المرتبة والاحتجاج هي السنة الصحيحة ، وفيما وراء ذلك نجد اختلافات فرعية ، وغير فرعية ، فاختلفوا في حجية الاجماع وحقيقته ، واختلفوا في الأخذ بالقياس كمصدر من مصادر التشريع ، كما اختلفوا في صحة الاحتجاج بالأدلة الأخرى كالاستحسان والاستصحاب والاستصلاح . ونوضح ذلك في إيجاز فنقول إن أسباب الاختلاف هي :

أولا : الاختلاف في تفسير بعض آيات القرآن الكريم :

وذلك إما بكون بعض الألفاظ الواردة في الآية من قبيل المشترك الذي يجمع بين معاني متعددة : كالقرء فإنه وضع للطهر وللحيض . أو كون اللفظ متردداً بين الحقيقة والمجاز ، أو يختلف معناه بسبب العرف .

ومن الاختلاف في التفسير : ما استند إليه المذهب الحنبلي في قوله تعالى « هل جزاء الإحسان إلا الإحسان » وفي قوله تعالى « والمؤمنون بعضهم أولياء بعض » إلى أن للفضولي الذي يؤدي ديناً عن غيره حق الرجوع على المدين بما أداه عنه ، وقد وافق المذهب المالكي على هذا ، وخالف المذهبان الشافعي والحنفي في ذلك .

كما استند المذهب الظاهري إلى قوله تعالى : « ولهن مثل عليهن بالمعروف » للقول بأنه تجب نفقة الزوج المعسر على زوجته الغنية ، على حين باقي المذاهب لم تقبل هذا التفسير ، ولم توجب النفقة للزوج على زوجته بأي حال .

ثانياً : الاختلاف في السنة :

فقد قبلت جميع المذاهب الاحتجاج السنة ، ولكنها اختلفت في شروط قبولها ، فالشيعة الإمامية مثلا لم يقبلوا إلا الأخبار التي تعود بإسنادها إلى آل البيت ، وقال الخوارج بالاقتصار على الأحاديث التي رويت قبل الفتنة التي حصلت في عهد عثمان ، أما أغلبية المسلمين وهم جمهور أهل السنة ، فقد قبلوا السنة دون تلك القيود ، ولكنهم اختلفوا في شروط قبولها ، فمنهم من قبل الحديث ولو كان رواية واحد ، ومنهم من اشترط موافقة الحديث لعمل أهل المدينة ، ومنهم من اشترط شروطاً في راوي الحديث ، بل وشروطاً في معنى الحديث المروي ، كما وقع الخلاف بين الفقهاء في تفسير الحديث المقبول .

ثالثاً : الاختلاف في سائر الأدلة الشرعية :

فاختلفوا في حجية الإجماع والقياس ، فرفضها البعض ، وتشدد في قبولها البعض ، ثم امتد الاختلاف إلى أدلة أخرى ، قبل الاحتجاج بها البعض دون دون البعض الآخر ، مثاله أن المذهب المالكي قبل عمل أهل المدينة ،والمصالح المرسلة كمصدرين من مصادرالتشريع،وانفرد المذهب الحنفي بقبول الاستحسان

وأخذ المذهبان الشافعي والجعفري بالاستدلال ، واستصحاب الحال كدليل من أدلة التشريع ، وسنفسر ذلك في مصادر التشريع الإسلامي في الباب القادم . وقد كان لهذا الاختلاف في قبول الأدلة وعدم قبولها أثر كبير في استنباط الأحكام الشرعية ، فمثلاً استند المذهب الحنفي إلى الاستحسان لأجل تجويز البيع بالوفاء، ولأجل منع الضرر الفاحش ، ولو نتج عن استعمال الحق . وهكذا

رابعا : الاختلاف في الخلاص عند تعارض الأدلة :

فبعض الفقهاء يرى أنه عند تعارض النصوص يجمع بينها ، ويعمل بها جميعها ما أمكن ، والبعض الآخر يرى التأويل ، فإن لم يستطع رجح القول بالنسخ ، فيعمل بالناسخ دون المنسوخ ، واختلفوا في جواز نسخ القرآن بالسنة ، كما اختلفوا في عموم النصوص وخصوصها .

خامساً : الاختلاف في بعض الدلالات :

كدلالة العام قبل تخصيصه، وحمل المطلق على المقيد ، واختلفوا في الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، ودلالة الأوامر والنواهي ، وغير ذلك مما تعرض له علماء الأصول بإسهاب .

هذه على الإجمال أهم أسباب اختلاف المذاهب ، وقد كان هذا الاختلاف سبباً في انقسام المسلمين وظهور كثير من التحزبات المذهبية الذميمة ، ولكنه اختلاف لم ينشأ عن هوى في نفوس الفقهاء ، أو رغبة أرادوا تحقيقها ، بل إن هذا الاختلاف كان سبباً في مرونة الشريعة الإسلامية ، وفي التيسير على الناس : حتى قيل « رحمة الأمة في اختلاف الأئمة » كما روي عنه صلى الله عليه وسلم قوله: « اختلاف أمتي رحمة » ، وما كان هذا بدعاً من الأئمة المجتهدين بل سبقهم إلى ذلك أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنهم اختلفوا مع معاصرتهم للرسول وسماعهم هديه ، ومن هنا كانت التشريعات العصرية المستمدة من الشريعة ، لا تستقى من مذهب واحد ، إنما ينظر المشرع في المذاهب المختلفة ،

ويأخذ منها ما يوافق حاجة الناس ويرفع المشقة عنهم ، ويلائم المصلحة العامة .

أثر اختلاف الفقهاء على الفقه :

وقد كان من جراء اختلاف الفقهاء أن افترى بعض الناس على الفقه الإسلامي فريتين :

١ – الفرية الأولى :

أن اختلاف الأئمة في الاجتهاد يؤدي إلى التناقض في الشريعة الإسلامية ، فإن الفقهاء اختلفوا في الحكم على الشيء الواحد ، فقال بعضهم بحله، وقال الآخر بتحريمه ، ومقتضاه أن الشريعة الواحدة تحل الشيء الواحد وتحرمه ، وهذا تناقض ظاهر ، يتنافى مع ما ورد في الشريعة الإسلامية أنها خالية من التناقض والاختلاف .

وقد ردت هذه الفرية :

بأن أساسها يقوم على عدم التفرقة بين الفقه الإسلامي، والشريعة الإسلامية . مع أنهما مختلفان : فالفقه مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية ، سواء كانت تلك الأحكام مستفادة من دليل منصوص عليه صريحاً في القرآن أو السنة ، أو كانت من الإجماع ، أو كانت من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة ، ومعنى ذلك : أن الفقه الإسلامي ما هو إلا ثمرة اجتهاد المجتهدين ، وحصيلة تطبيقهم النصوص والقواعد الشرعية ، مع مراعاة اختلاف البيئات والأعراف . فكان حتماً أن يجيء فيه اختلاف في الأحكام

أما الشريعة : فهي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله تعالى على رسوله ، والتي أشار إليها قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا » .

ومن المقرر الذي لا مراء فيه أن ما أنزله الله تعالى على صورة نصوص قرآنية، أو أوحى به للرسول فنطق به سنة نبوية ، كان بعضه قواعد عامة ، ومبادىء كلية

تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان ، ولم يكن كله أحكاماً جزئيـــة ، لحوادث فردية ، ومن الثابت أن القواعد لا تختلف ولا تتناقض.

ثم كيف يدعى التناقض مع شرعية الاجتهاد في الشريعـة الإسلامية ، ومن طبيعة الاجتهاد وشأنه أن يؤدي إلى الاختلاف ؟ وإذا ثبت أن صحابة رسول الله قد اجتهدوا ، واختلفوا في بعض الأحكام ، مـــع قربهم من رسول الله ، ومعاصرتهم زمن النبوة ، وتلقيهم منه التشريـع، وعدم إنكاره عليهم هـــذا الاجتهاد ، ولا الاختلاف [1] . فكيف ننكر على الفقهاء أن يختلفوا ؟

فالحق أن هذا زعم باطل ، لا تسنده حجة ،ولا يقوم على برهان صحيح ، قد دفع إليه جهل بمزايا الفقه أو تجاهل لمحاسنه .

وأخيراً كيف يتفق هذا مع اعتراف كثير من القانونيـين ، في المؤتمر المنعقد في سنة ١٩٥١ في كلية الحقوق بجامعة باريس من « أن مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية ، وأن اختلاف المذاهب الفقهية تضم ثروة عظيمة تستحق كل إعجاب ، إذ بها يستطيـع الفقه الاستجابة لمطالب الحياة المدنية الحديثة » ثم يأمل المؤتمر أخيراً أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي ، يسهل بواسطتها الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه .

---

١ ـ روي أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال « ما أحب أن أصحاب محمد لايختلفون، لأنه لو كان قولاً واحداً لـكان الناس في ضيق شديد ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجـــل بقول أحدهم لـكان سنة » ـ كذلك نقل السيوطي : أنه لما حج المنصور قال لمالك لقد عزمت أن آمر بكتبك هذه التي صنفتها فتنسخ ، ثم ابعث في كل مصر من أمصار المسلمين منهـا نسخة ، وآمرهم أن يعملوا بما فيها ، ولا يتعدوه إلى غيره ، فقال يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا الحديث ، ورووا روايات ، فأخذ كل قوم بما سبق اليهم من اختلاف ، فدع الناس وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم « ويروى أن الذي أراد ذلـك هو هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكاً في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على مـــا فيه ، ويمكن التوفيق بأن كلا من المنصور والرشيد أراد ذلك في زمنه »راجع المدخل في الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٧٠ .

وإذا كان شراح القوانين الوضعية يختلفون اختلافاً كثيراً في تفسير قواعدها، وفي أساليب تطبيقها على الحوادث الجزئية، وذلك أمر مقبول لديهم ومعهود. فلم لا يكون مقبولاً في حق تفسير القانون السماوي ؟ حتى يعترض على فقهاء الإسلام إذا اختلفوا في فهم نصوصه، أو في تفسير قواعده وتطبيق بعض كلياته على الحوادث الجزئية.

على أن هذا الاختلاف نتيجة حتمية لما دعا إليه القرآن من حرية الفكر، والدعوة إلى النظر والاجتهاد. وإعمال العقل وعدم إهماله.

الفرية الثانية :

ادعى بعض الكاتبين أن اختلاف الأئمة يرجع في بعض نواحيه إلى الخلاف في الأسس والأصول، ويؤيدون دعواهم بأن مظاهر هذا الاختلاف، ترجع إلى أنهم اختلفوا في بعض أدلة الأحكام، فاختلفوا في القياس والاستحسان، وهما من مصادر التشريع، كما اختلفوا في الأخذ ببعض أنواع الحديث: مثل الحديث المرسل [1].

والرد على ذلك من طريقين : أحدهما إجمالي، والآخر تفصيلي :

أما الاجمالي : فهو أن خلاف الفقهاء غير راجع إلى اختلافهم في الأصول. إنما هو راجع إلى التطبيق على هذه الأصول، أو إلى الاختلاف في فهم النصوص.

وأما الرد **التفصيلي :**

فهو بيان ما كان عليه الصحابة من استعمالهم للرأي، واختلافهم في الأخذ به توسعاً وتضييقاً، فإن الرأي الذي عرف عند الصحابة غير الرأي الذي عرف عند الأئمة الفقهاء. فالرأي عند الصحابة كان يصدق على ما عدا النصوص الواردة

---

١ ـ الحديث المرسل هو ما سقط من إسناده الراوي الصحابي عن رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم. كأن يروي التابعي عن رسول الله.

في القرآن والسنة ، وهو شامل للرأي الجماعي « الذي سمي فيما بعد بالإجماع » وللرأي الفردي » الذي سمي فيما بعد بالقياس والاستحسان والاستصلاح »ويشهد لذلك ما نقل عن فتاوى الصحابة الجماعية والفردية، والتي مبناها الرأي والاجتهاد.

ومن أمثلة الرأي عند الصحابة الذي سمي فيما بعد بالقياس : اجتهاد الصحابة في عقوبة شارب الخمر ، وقول علي : إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ،وإذا هذى افترى ، وحد المفترين ثمانون » فإن هذا رأي من باب القياس الصحيح المبني على قياس شرب الخمر على القذف [1] بجامع الافتراء

ومنه تحريم الصحابة للمعتدة إذا تزوجت بغير مطلقها في العدة فإنه من باب الاستصلاح، وأيضاً منه القول بإرث الزوجة من مطلقها الزوج إذا طلقها في مرض موته فراراً من ميراثها ، معاملة له بنقيض مقصوده .

ويمكن أن يكون من الرأي الذي هو من باب الاستحسان الحكم بإرث المطلقة المذكورة . فإنه استثناء من قاعدة عدم الإرث للمطلقة بائناً لزجر الذين يريدون تغيير حدود الله ، وكذلك تضمين الصناع ما تحت أيديهم من متاع ، فإنه استثناء من قاعدة عدم تضمين المؤتمن .

على أن هذا الرأي لم يعمل به كل الصحابة بمقدار واحد ،بل إن منهم من توسع فيه، ومنهم من ضيق دائرة العمل به كما قدمنا في اختلاف الصحابة.

وحين جاء الأئمة المجتهدون ، اختلفوا أيضاً في العمل ببعض أنواع الرأي ، فلم يكونوا في اختلافهم مخالفين لما كان عليه الصحابة قبلهم، فكان الاختلاف الحاصل بين الأئمة المجتهدين مردود إلى التفاوت في استعمال الرأي ، وليس راجعاً إلى أسس التشريع وأصوله .

بقي الرد على اختلافهم في الأخذ ببعض أنواع الحديث وفيه نقول:

إن الصحابة رضي الله عنهم أيضاً عملوا بالأحاديث الصحيحة ،

---

١ ـ هو اتهام امرأة عفيفة بالزنى دون الإتيان على ذلك بالبينة.

الموثوق بها ، فهم على اتفاق تام على أن السنة الصحيحة حجة يجب العمل بها ، ما لم يثبت نسخها ، أو معارضتها لما هو أقوى منها ، وإنما اختلفوا في الطريق الذي يثبت به صحة الحديث . فنجد أبا بكر كان يشترط شهادة رجل آخر غير الراوي ، وعمر كان يشترط البينة ، وعلي كان يحلف الراوي ، وعائشة تترك حديث الاستيقاظ لأنه غير معقول المعنى ، وعمر يرد حديث فاطمة بنت قيس فيقول : « لا نترك كتاب ربنا ، وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت » لضعف ثقته بالراوي الذي روى حديث عدم النفقة والسكنى للمبتوتة .

وكان مسلك الأئمة مثل مسلك الصحابة . فمثلاً وجدنا الإمام أبا حنيفة يشترط لقبول الأحاديث الآحادية شروطاً معينة ، ويقبل العمل بالحديث المشهور ، ويترك الحديث الشاذ ، ولعل هذا المسلك أملته عليه طبيعة العراق ، وظهور وضع الحديث فيه ، فكان يخشى أن يكون بعض الأحاديث قد تأثر بذلك ، ومن الواضح أن شهرة الحديث ، وكثرة رواته تتنافى مع احتمال الوضع ، وأما عمل أبي حنيفة بالحديث المرسل دون غيره من الأئمة الذين قيدوا قبوله فذلك ليسد النقص الذي كان في العراق من الأحاديث المتصلة المرفوعة ، لبعده عن مركز النبوة .

وبهذا يتضح أن الاختلاف بين الأئمة إنما كان في تطبيق أصل العمل بالسنة ، لا في أصل الاحتجاج بها. فهم على وفاق تام في أن السنة متى صحت وحصلت الثقة براويها ، وانتفى ما يعارضها ، ولم تكن منسوخة يجب العمل بها – وإذا كان كذلك ففيم إذن يكون الاختلاف في السنة ؟.

الباب الثالث

مصادر التشريع الإسلامي

عرفنا أن العادة والعرف كانا مصدرين للقانون عند عرب الجاهلية ، وأن العرف كان مصدراً متقلباً غامضاً متنوعاً ، لا ثبات له ، ولا قوة فيه ولا إلزام .

لكن جاء الإسلام فجعل النص القرآني المقدس أساس الشريعة الأول ، بما في الشريعة الإسلامية من معنى الدين والقانون جميعاً ، وكان مصدراً واضحاً لا غموض فيه ، ثابتاً لا تقلب له ملزماً محدداً ، وبجانب القرآن الكريم كان مصدر آخر للتشريع هو « السنة النبوية » فقد جاءت متممة للقرآن ، مبينة مفسرة .

ثم بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم تفرع عن هذين المصدرين السابقين مصدران آخران فرعيان ، استنادهما مبدئياً إلى الاستنباط من النص ، وهما الإجماع والقياس ، وعدا الأدلة الأربعة السابقة وجدت أدلة أخرى خاصة ببعض المذاهب كالاستحسان عند الحنفية ، والمصالح المرسلة عند المالكية ، والأدلة العقلية عند الجعفرية والشافعية .

وقد درس الفقهاء هذه المصادر وتلك الأدلة في علم خاص سمي بعلم أصول الفقه ، الذي يبحث في أدلة الأحكام الشرعية وفي طرق الاستنباط .

فكان الوحي الإلهي أساس التشريع الإسلامي في عهد النبي صلى الله عليه

وسلم ، ثم بعد وفاته أضيف إلى هذا المصدر مصادر أخرى تأثرت بقضاء القضاء وبآراء الفقهاء ، وتسمى مصادر التشريع الإسلامي بالأدلة الشرعية ، أو الأصول . وبعد هذه المقدمة نبين طرفاً من الأدلة الشرعية .

الفصل الاول

القرآن الكريم

هو الدليل الأول ، والمصدر الأساسي للشرع الإسلامي ، وهو كتاب الله تعالى ، أنزله بالوحي على محمد بن عبد الله النبي العربي صلى الله عليه وسلم بلفظ عربي آيات متفرقات حسب مقتضيات الحوادث، وقد عُرّف القرآن الكريم : بأنه كلام الله تعالى المنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم باللفظ العربي المنقول إلينا تواتراً ، المكتوب في المصاحف ، المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس » ومن هذا التعريف يمكن أن نتبين خصائص القرآن وأنها :

١ ـ أنه نزل إلى الرسول من لدن الله بمعانيه وألفاظه العربية ، وهذا ثابت من القرآن نفسه ، الذي يصرح في أكثر من آية بأنه نزل « بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ » وهذه الخصيصة تميزه عن وحي الله لأنبيائه الذين مضى بهم الزمن قبل الرسول ، كما تميزه عن الأحاديث القدسية والنبوية [1] إذ معاني هذا الحديث ملهمة له من الله ، ويعبر عنها الرسول بألفاظ من عنده.

---

١ ـ الحديث إما نبوي وإما إلهي ويسمى حديثاً قدسياً . فالحديث القدسي هو الذي يرويه النبي صلى الله عليه وسلم عن ربه ، والفرق بين القرآن والحديث القدسي على ستة أوجه : الأول: أن القرآن معجز والحديث القدسي لا يلزم أن يكون معجزاً ـ الثاني : أن الصلاة لا تكون إلا بالقرآن ولا تصح بالقدسي ـ الثالث : أن جاحد القرآن يكفر بخلاف جاحد الحديث القدسي ـ الرابع : أن القرآن لا بد فيه من كون جبريل عليه السلام واسطة بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين الله تعالى بخلاف الحديث القدسي ـ الخامس : أن القرآن يجب أن يكون لفظاً من الله تعالى وفي الحديث القدسي يجوز أن يكون لفظاً من النبي صلى الله عليه وسلم ـ السادس :أن القرآن لا يمس إلا بالطهارة والحديث القدسي يجوز مسه من المحدث ، انظر فرائد الأمير حميد الدين في كشاف اصطلاحات الفنون الجزء الثاني ص ٢٨١ .

وقد ثار الخلاف حول جواز ترجمة القرآن ، واشتد الخلاف بين المؤيدين والمعارضين مع اتفاقهم على أن الترجمة لا تسمى قرآناً ،فقال المعارضون : إن اللسان العربي شعار الإسلام وأهله ، وأن القرآن اسم للنظم والمعنى جميعاً ، وأن الترجمة بطلان لتعريفه . وفي الترجمة مضار كثيرة — وقال المؤيدون إن الفرس كتبوا إلى سلمان الفارسي أن يكتب لهم الفاتحة بالفارسية فكانوا يقرأون ذلك في الصلاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهم ذلك ، وقالوا لم تكن الدعوة الإسلامية موجهة إلى العرب فحسب بل إلى جميع الشعوب ، وإنما نزل القرآن بلغة العرب تيسيراً للدعوة . والرأي الراجح أن ترجمة تفسير ما يحتاج إليه من القرآن غير محرم وجائز . وقد ترجم القرآن إلى معظم اللغات الأجنبية (اللاتينية ، والانكليزية ، والفرنسية ، والتركية) .

٢ — أنه نقل إلينا بطريق التواتر الذي يفيد القطع والعلم ، جيلاً بعد جيل ، فلم ينله أي تحريف أو تغيير ، حتى صار محفوظاً في صدور كثير من المسلمين ، مصداق قوله تعالى : « إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وإِنَّا لَهُ لَحَافِظُون » (الحجر / ٩) .

٣ — أنه نزل مفرقاً على حسب مقتضيات حوادث المجتمع الإسلامي ، فلذا سميت هذه الحوادث بأسباب النزول ، وكانت مدة تنزيل القرآن اثنتين وعشرين سنة ويزيد ، منها اثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر تقريباً في مكة قبل هجرة النبي صلى الله عليه وسلم ، والباقي في المدينة أو غيرها بعد الهجرة النبوية ، وأكثر الآيات المكية قصير يتعلق بالعقيدة بصورة إجمالية ، على حين أن الآيات المدنية طويلة ، وفيها معظم التشريع الإسلامي التفصيلي .

فلم ينزل القرآن دفعة واحدة بل منجماً ، وعلى فترات ودفعات ، والحكمة في ذلك : أولاً : أن يتمكن الرسول صلى الله عليه وسلم من حفظه وإملائه وتبليغه للناس ، قال تعالى « وَقُرآناً فَرَقْنَاهُ لِتَقْرأه عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ « تأمل » وَنَزَّلْنَاهُ تَنْزِيلاً » (الإسراء / ١٠٦) ، وثانياً : ليكون

القرآن سهل الحفظ على العرب الذين نزل فيهم، فهم أميون لا معرفة لهم بالكتابة إلا نادراً، وثالثاً: تثبيت قلب الرسول عليه السلام بتكرار نزول الوحي عليه كما صرح بذلك قوله تعالى «وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْلَا نُزِّلَ عَلَيْهِ الْقُرْآنُ جُمْلَةً وَاحِدَةً، كَذَلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِ فُؤَادَكَ وَرَتَّلْنَاهُ تَرْتِيلًا» (الفرقان/ ٣٢).

٤ - إن القرآن معجز للعرب جميعا، معجز بلفظه فقد تحدى الله به العرب جميعاً أن يأتوا بسورة من مثله فعجزوا، فكان حجة عليهم، قال تعالى «قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَى أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا» (الإسراء/٨٨).

حجية القرآن:

نصوص القرآن كلها قطعية الثبوت، لا ريب في صحتها، لوصولها إلينا بطريق التواتر أما دلالة ألفاظه على الأحكام، فقد تكون قطعية إذا كان النص لا يحتمل إلا تفسيراً واحداً، كما في آيات المواريث، وآيات الحدود، وقد تكون ظنية غير مقطوع بها إذا كان النص يحتمل أكثر من تفسير بسبب ما اشتمل عليه من لفظ عام أو مشترك، مثل قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ» فإن لفظ الميتة عام يشمل ميتة البر وميتة البحر، فيحتمل أن يكون التحريم لأحدهما. فكانت الدلالة ظنية لذلك، وقد جاءت السنة النبوية فبينت أن المراد بالتحريم ميتة البر لا البحر، حيث قال الرسول في حكم البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته».

دلالة القرآن على لأحكام:

القرآن وإن كان أصل الشريعة الأول، لكنه لم يدل على الأحكام التشريعية الفقهية في غالب أمره إلا على نحو كلي عام، لا جزئي خاص، ولم يفصّل إلا في بعض الأمور التي لا تتغير أحكامها بتغيُّر الزمان مثل أحكام الأسرة، وأحكام

المواريث ، وأجمل كثيراً من الأمور التي تخضع للتبديل والاختلاف ، إذ لو فصّلها ولم يجملها لخرج عن القصد الأول له وهو الهداية والإرشاد ، وقد جاءت السنة النبوية الشريفة مبينة ومفصلة وشارحة لما جاء مجملاً ، وطلب القرآن الكريم اتباعها ،والعمل بما جاءت به ، فقال تعالى : « وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ ، وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا » وجعل طاعة الرسول طاعة الله فقال تعالى : « مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللهَ »

نزول القرآن :

كان جبريل عليه السلام ينزل بالقرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، على فترات في مدة ثلاث وعشرين سنة تقريباً ، وكان كلما نزل جبريل بشيء من القرآن قام رسول الله بتبليغ ما نزل عليه من حضر من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحي ويملي عليهم ما نزل ، فيقومون بكتابته ، وكان جبريل يُعْلِمُ الرسول بمكان ما ينزلُ ، والرسول يبلغ ذلك فيعين مكان السورة ، وموضع الآية ومن هنا كان ترتيب السور والآيات من الأمور التوقيفية ، التي من عند الله الذي بينها جبريل عليه السلام .

وكان الأمين جبريل يعرض على الرسول ما نزل من القرآن كل عام في شهر رمضان ، فكان جبريل يقرأ أولاً ، ثم يتلو الرسول عليه ما قرأ ، وفي العام الأخير من حياته عليه السلام عرض جبريل القرآن عليه مرتين ، وقد حفظ صحابة رسول الله القرآن حسب العرضة الأخيرة ، ولم يكونوا على درجة واحدة من الحفظ بل كان منهم الحافظ لكله ، والحافظ لبعضه ، وكان مع هذا الحفظ يوجد القرآن مكتوباً في الرقاع والعسب واللّخاف والأكتاف [1] ، إلا أنه غير مجموع ولا مرتب .

والسر في عدم جمع القرآن في عهد الرسول ، أو ترتيبه هو أن الرسول عليه

---

١ - الرقاع : قطع الجلد - والعسب: الأجزاء العريضة من جريد النخل - واللخاف: الحجارة الرقاق - الأكتاف : العظم العريض لكتف البعير .

السلام كان ينتظر الوحي حتى آخر لحظة في حياته ، فربما نزل شيء أو نسخ منه منه آيات ، فيكفي حفظ الصحابة له مرتباً ، والله سبحانه وراء ذلك كله قد تكفل بحفظه من الضياع . وأيضاً لم يجمع القرآن في عهد الرسول لكي لا يستقر في ذهن الصحابة أن الأساس لنقل القرآن والمحافظة عليه هو الكتابة ، فتضعف همتهم عن حفظه ، وذلك فضلاً عن كون الحفظ أتم وأثبت ، وأبقى للتذكر ، لأن الكتابة قد يعتريها المحو والتبديل ، فلم يرد الرسول أن يستقل أحد الأمرين بالمسألة ، بل جعل لحفظ القرآن أمران هما الحفظ والكتابة .

أول جمع للقرآن :

روى ابن شهاب الزهري عن زيد بن ثابت قال . أرسل إليَّ أبو بكر مقتل أهل اليمامة ،فإذا عمر بن الخطاب عنده ، فقال أبو بكر : إن عمر أتاني فقال: إن القتل قد استحر يوم اليمامة بقراء القرآن ، وإني أخشى أن يستحر القتل بالقراء في المواطن ، فيذهب كثير من القرآن ، وإني أرى أن تأمر بجمع القرآن ، فقلت لعمر . كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال عمر : هو والله خير ، فلم يزل يراجعني حتى شرح الله صدري لذلك ورأيت فيّ ذلك الذي رأى عمر ، قال زيد : قال أبو بكر : إنك شاب عاقل لا نتهمك وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم، وحضرت العرضة الأخيرة ، فتتبع القرآن فاجمعه ، فوالله لو كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل عليّ مما أمرني به من جمع القرآن ، قلت : كيف تعملان شيئاً لم يفعله رسول الله قال : هو والله خير ، فلم يزل يراجعني حتى شرح الله صدري للذي شرح الله له صدر أبي بكر وعمر ، فتتبعت القرآن أجمعه من العسب واللخاف وصدور الرجال » ــ ولم يكن زيد وحده هو الذي كلف بهذا العمل وإنما هو صاحب المهمة الأصلي ، وقد عاونه غيره فيها ، كما كان ذلك على مرأى ومسمع من الصحابة جميعاً ، ولم يثبت أن أحداً أنكر على هذا العمل .

ويعتبر هذا الجمع من توفيق الله تعالى لأنه كان سبباً في حفظ القرآن ، وجمع أصوله في مكان واحد ، فهو بمنزلة أوراق متناثرة جمعها جامع بخيط في مخيط واحد ، ولقد كان هذا الجمع البكري مستنداً إلى الصحف التي كتبت في حياة الرسول وبين يديه، فاتصل السند المتواتر عن طريق الحفظ بذلك الجمع الكتابي، فكان القرآن متواتراً حفظاً وكتابة .

وقد وضعت الصحف التي جمعها زيد عند أبي بكر حياته ، ثم عند عمر من بعده حياته ، ثم عند حفصة بنت عمر بوصية من أبيها ، إلى أن طلبها الخليفة الثالث عثمان بن عفان .

وقد جمع بعض الصحابة مصاحف أخرى لأنفسهم ، مثل أبي بن كعب ، وعبدالله بن مسعود، وأبو موسى الأشعري ، والمقداد بن الأسود ، وكانت تلك المصاحف متفرقة في الأمصار ، لكنها لم تكن مشتملة على القرآن كله ، كما كان يوجد في بعضها ما لا يوجد في الآخر ، واشتمل بعضها على قراءات وأحرف تلقاها أصحابها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل العرضة الأخيرة ، ولذا وقع الاختلاف في القراءة بين أهل الأمصار ، مما دعا عثمان إلى أن يقوم بجمع المصحف العثماني .

الجمع العثماني :

روى أنه عند غزو أرمينية وأذربيجان سنة ٣٠ هـ تقريباً : أختلف القراء من أهل الشام وأهل العراق في قراءة القرآن، فتمسك أهل حمص بقراءة المقداد ابن الأسود، وتمسك أهل دمشق بقراءة أبي بن كعب، وتمسك أهل الكوفة بقراءة ابن مسعود ، وتمسك البصريون بقراءة أبي موسى الأشعري ، وبعد أن انتهت الغزوة قدم المدينة حذيفة بن اليمان القائد المشهور ، فرفع الأمر إلى عثمان محذراً من هذا الخطر قائلا : أدرك الأمة قبل أن يختلفوا اختلاف اليهود والنصارى ،

قال عثمان في ماذا ؟ قال : في كتاب الله ، وقص عليه الخبر ، فجمع عثمان الصحابة وشاورهم في الأمر . فقالوا له ماذا ترى ؟ قال أرى أن تجمع الناس على مصحف واحد ، ويحرق ما عداه ، فوافقوه على ذلك ، فجمع عثمان زيد بن ثابت ، وثلاثة من القرشيين : هم عبدالله بن الزبير ، وسعيد بن العاص ، وعبدالرحمن بن الحارث ابن هشام ، وأمرهم أن ينسخوا المصاحف في صحف حفصة التي جعلت إماماً لهم ، وقال لهم : إذا اختلفتم في شيء فاكتبوه بلغة قريش فأنه إنما نزل بلسانهم ، فلم يختلفوا في شيء إلا في كتابة (التابوت) قال زيد إنها بالهاء ، وقال القرشيون إنها بالتاء ، فرفع الأمر إلى عثمان ، فأمرهم بكتابتها بالتاء لأنها لغة قريش .

وحين تمّ نسخ المصاحف العثمانية من الصحف التي جمعت في عهد أبي بكر والتي نالت اجماع المسلمين ، والتي هي على وفق العرضة الأخيرة ، رُدَّت الصحف الأولى إلى حفصه بنت عمر[٢] ، وأمر عثمان ان يرسل إلى كل مصر بمصحف ، كما أمر بإحراق ما عدا هذه الصحف ولقد حاز هذا العمل قبولاً من الصحابة واستحساناً ، وقد بعث عثمان مع كل مصحف من مصاحفه إماماً يرشد الناس إلى وجوه قراءته ، فبعث عبدالله بن السائب مع المصحف المكي ، وبعث مع المصحف الشامي المغيرة بن شهاب ، ومع المصحف الذي أرسل إلى الكوفة أباعبد الرحمن السلمي ، ومع البصري عامر بن قيس ، وأمر زيد بن ثابت أن يقرىء الناس في المصحف المدني ، وقد أوصى الجميع بأن يقتدىء القراء في القراءة على ما وافق المصحف العثماني ، ويتركوا ما خالفه لأنه صار في حكم المنسوخ .

---

١ – أما مصير الصحف البكرية فالصحيح أن عثمان ردها إلى حفصة كما وعدها بذلك عند أخذها منها ، وقد بقيت هذه الصحف عندها إلى وفاتها سنة ٤٥ هـ ، فأخذها أخوها عبدالله بن عمر بعدها فبقيت عنده حتى اخذها مروان بن الحكم والى المدينة من قبل معاوية فمحاها ، ويروى أنه انما محاها لأنه خشي إن طال بالناس الزمان أن يرتاب في شأن هذه الصحف مرتاب .

رسم المصحف العثماني :

كتبت المصاحف العثمانية خالية من النقط والشكل ، إذ لم تكن الحاجة تدعو في هذا العصر إلى ذلك ، وقد تمسك المتأخرون بهذا الأصل الذي كتبت به المصاحف العثمانية ولم يوافقوا على تغيير شيء فيها بحسب الهجاء ، وقالوا من الواجب أن يبقى الرسم العثماني كما هو ، حفظاً للقرآن من التبديل والتحريف ، ولأن متابعة الرسوم المختلفة في كل زمان ومكان تودي إلى اختلاف المصاحف ، وإلى الجهل ببعض رسومها إذا ما تأخر الزمن ونسيت حروف الهجاء التي كتبت به ، وحينئذ يسهل التحريف فيها .

فرأوا أن لا حاجة إلى الشكل ، لوجود المقدرة الكافية لديهم على تمييز الحروف بدون نقط، وساعد على ذلك أن الاعتماد في القراءة كان إلى ذلك الوقت قائماً على التلقي من الحفظة .

إلا أنه حين فسد اللسان العربي بسبب اختلاط العرب بالعجم ، ووجد بين المسلمين من ليسوا عرباً ، دعت الحاجة الى النقط والشكل ، حتى لا يقع اللحن في القرآن ، وكان أول من فعل ذلك هو أبو الأسود الدؤلي قاضي البصرة من قبل زياد بن أبيه أمير العراق ،فوضع علامات تضبط بها أواخر الكلمات ، ثم جاء من بعده نصر بن عاصم الليثي ، فوضع نقطاً على الحروف المتشابهة لتمييز بعضها عن بعض ثم قام بعد ذلك الخليل بن أحمد في العصر العباسي سنة ١٧٠هـ بوضع علامات التشكيل المعروفة لنا الآن .

ثم أخذ القراء والحفاظ يعطون هذا الأمر عناية خاصة ، فوضعوا علامات الفصل والوقف ثم زادت عنايتهم فوضعوا أحكام التجويد والقراءات ، لكن كل ذلك لم يغير من الرسم العثماني الموجود بالمصاحف الأصلية .

الفصل الثاني

السنة النبوية

هي في الاصطلاح اسم لما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، ومعنى التقرير : أن يقول أو يفعل بعض الصحابة شيئاً بحضر الرسول فيسكت عنه أو يستحسنه ، فيعتبر هذا أو ذاك موافقة منه عليه، ومنه أن يبلغ بعضهم رسول الله فعلاً أو قولاً صدر من صحابي غائب عن مجلسه، فيقره عليه ، فيكون هذا موافقة منه أيضاً على ما قال أو فعل . وسنة تقريرية .

وليس كل ما نقل عن الرسول من أقوال أو أفعال أو تقريرات يعد من المصادر التشريعية ، إنما ذلك خاص بما سوى ما صدر عن الرسول عليه السلام باعتباره بشراً كالأكل والنوم والشرب والمشي والقيام ، وبغير ما ثبت بالدليل أنه خاص به عليه السلام كالوصال في الصوم [1] ، والجمع بين أكثر من أربع من النساء ، وكذا ما هو من أمور الخبرة المتعلقة بالشئون الدنيوية من تجارة أو زراعة أو تدبير حربي .فكل هذه لا تعد تشريعاً ، ولا يجب على الناس اتباعها ولا التأسي بها.

ولم يختلف الفقهاء في كون السنة المصدر الثاني للتشريع بجانب القرآن الكريم، وأنه يجب الأخذ بها والعمل بمقتضاها متى صحت وثبتت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما يدل على ذلك قوله تعالى : « وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُوْلُ

---

١ – هو صوم يومين أو ثلاثة بلا إفطار .

فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنهُ فَانتَهُوا » وقوله تعالى « مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أطَاعَ اللهَ » وقوله سبحانه « فَلاَ وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً » (النساء – ٦٥) .

والسنة النبوية في المنزلة الثانية : بعد القرآن الكريم ، فلا يصار إليها إلا عند عدم نص من القرآن ينص على المطلوب ، وإنما كانت السنة كذلك ، لأن القرآن كله مقطوع به ، أما هي فمنها ما هو مقطوع به ، ومنها ما ليس كذلك ، وهذا لأن السنة باعتبار الرواية ثلاثة أنواع :

ا – **سنة متواترة :** وهي التي رويت في العصور الثلاثة الأولى بواسطة جمع يؤمن اتفاقهم على الكذب ، وهي كثيرة في السنن الفعلية ، لاطلاع جمهور المسلمين على فعل الرسول الصادر عنه خاصة ما كان يتكرر كل يوم كالوضوء والصلاة ، وهذه متفق على وجوب العمل بها لثبوتها بطريق القطع .

ب – **سنة مشهورة :** وهي ما تواترت بعد الصحابة . وهي قريبة من المتواترة عند الحنفية ويجب العمل بها .

حـ – **والأحادية :** وهي ما رويت عن الرسول بواسطة عدد لا يبلغ حد التواتر ، ولم تتواتر في القرنين الثاني والثالث ، وهي أكثر أنواع السنة . وقد اختلف في وجوب العمل بها . وأكثر الفقهاء على أنها تفيد الظن بالحكم ، وهو موجب للعمل ، إلا أن بعض الفقهاء اشترط لقبولها شروطاً كثيرة ، والبعض اشترط موافقتها لعمل أهل المدينة ، والبعض قبلها متى كانت متصلة صحيحة السند .

لكن الشيعة لا يعترفون بكل الأحاديث التي اعتمدها أهل السنة ، إنما يعترفون بما رواه أئمتهم ورجالاتهم من الأحاديث أو الأخبار ، أما الظاهرية فإنهم

يقبلونه من غير قرينة . ثم إن الحديث قد يكون متصلاً إذا لم يسقط راو من رواته ، وقد يكون مرسلاً إذا سقط منه الراوي الصحابي ؛وقد يكون منقطعاً إذا سقط من سنده راو فأكثر [1] .

وقد ذهب قوم إلى أن السنة لا يعمل بها إلا إذا وافقت القرآن ، مستندين إلى حديث غير صحيح ، قال عنه العلماء إنه موضوع ومكذوب على الرسول هو « ما أتاكم عني فاعرضوه على كتاب الله ، فإن وافق كتاب الله فأنا قلته ، وإن خالف كتاب الله فأنا لم أقله ، وكيف أخالف كتاب الله وبه هداني الله » وقد ردّ عليهم بأنا عرضنا هذا الحديث على كتاب الله — كما يقول المتمسكون به — فوجدناه مخالفاً له ، لأنا وجدنا كتاب الله يأمر بطاعة الرسول ويحذر من مخالفته ، ويطلب التأسي به .

والسنة قد تأتي مؤكدة لما جاء في القرآن كمثل قوله صلى الله وعليه وسلم : « استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله » فإنه مؤكد

---

١ — وينقسم الحديث الى صحيح وحسن وضعيف : وكل منها إلى ثلاثة عشر صنفاً المسند والمتصل والمرفوع والمعنعن والمعلق والفرد والمدرج والمشهور والعزيز والغريب والمصحف والمسلسل وزائد الثقة — وينقسم الضعيف الى اثني عشر قسماً : الموقوف والمقطوع والمرسل والمنقطع والمعضل والشاذ والمنكر والمعلل والمدلس والمضطرب والمقلوب والموضوع .

وقد اختلف اهل الحديث في الفرق بين الحديث والخبر، فقيل هما مترادفان— وقيل الخبر أعم من الحديث فإن الحديث يختص بالنبي صلى الله عليه وسلم والخبر يصدق على كل ماجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن غيره فكل حديث خبر من غير عكس كلي — وقيل هما متباينان فإن الحديث ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم والخبر ما جاء عن غيره ، ومن ثم قيل لمن يشتغل بالتواريخ وما شاكلها الاخباري ، ولمن يشتغل بالسنة النبوية المحدث — أما الأثر فمن اصطلاح الفقهاء لا المحدثين ويستعملونه في كلام السلف، والخبر في حديث الرسول عليه الصلاة والسلام — وقيل الخبر يباين الحديث ويرادف الأثر .(راجع كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي في مادة الحديث ص ٢٨١) .

لقوله تعالى : « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ » وكذا حديث « لا يحل مال امرىء إلا بطيب من نفسه »فإنه مؤكد لقوله تعالى:«يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ » .(النساء ـ ٢٩)

وقد تكون السنة مبينة لما ورد في القرآن ، ويكون ذلك بالتفسير والشرح والتوضيح كالأحاديث الواردة في بيان الصلاة والزكاة ، أو بيان أن العام أريد به بعض أفراده كحديث « لا يرث القاتل » المخصص لعموم قوله تعالى : « يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ » أو تقييد مطلق القرآن ، كقطعه عليه السلام يد السارق اليمنى من الرسغ المقيد لمطلق قوله تعالى : « وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا » (المائدة ـ ٣٨)

وأيضاً قد تكون السنة ناسخة ومبدلة لحكم ثبت بالقرآن خلافاً للشافعي . من ذلك أن حديث « لا وصية لوارث » قالوا إنه نسخ وجوب الوصية في قوله تعالى : « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ » . (البقرة ـ ١٨٠)

وأخيراً قد تكون السنة مؤسسة لحكم سكت عنه القرآن ، مثل ميراث الجدة ، ووجوب صدقة الفطر ورجم الزاني المحصن .

تدوين السنة :

قدمنا أن السنة لم تدون في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كتب القرآن ، وأنه في صدر الإسلام كان الصحابة يمنعون من تدوين السنة خوفاً من اختلاطها بالقرآن، وقد كانت السنة محفوظة في صدور الصحابة،كل على مقدار

استعداده ، ومبلغ سماعه [١] . ، كما كانوا يخافون الخطأ أو الكذب على الرسول فيبقى ذلك أبداً مأثوراً ما دام قد سجل في كتاب .

وجاء في صحيح البخاري أن النبي صلي الله عليه وسلم أمر بعد هجرته إلى المدينة بإحصاء المسلمين ، وبكتابة أحكام الزكاة، وما تجب فيه، ومقادير ذلك، فكتبت في صفحتين ، وبقيتا محفوظتين في بيت أبي بكر ، وأبي بن عمرو ابن حزم [٢] .

على أن من المقرر أنه لم يحصل تدوين للسنة بالمعنى المعهود في عصر الخلفاء الراشدين أو الأمويين ، بل لم تدون حقاً قبل العصر العباسي، ثم جد مع الزمن أسباب وعوامل أدت إلى اعتبار تدوين السنة أمراً ضرورياً .

واهم هذه العوامل هي :

ا ـ انتقال الإسلام وأهله من حال يغلب عليه البداوة ، والعمل على نشر تعاليمه ، وفتح البلدان والأقطار، إلى عصر كثر فيه العمران وعظمت الحضارة، فأخذ المسلمون ينعمون بالحياة المستقرة المطمئنة ، فحينئذ كان من الطبيعي الانصراف إلى العلوم وموادها يجمعونها ، ويعملون عقولهم في تحصيلها وتصنيفها وإنمائها .

ب ـ انتشار الكتابة بين العرب، والاعتماد عليها في تسجيل كثير من المعارف

---

١ ـ نعم وجدت بعض الصحف الخاصة بأصحابها ، ولكنها كانت من القلة بحيث لا يصح أن تسمى تدويناً وأشهر هذه الصحف صحيفة عبد الله بن عمرو بن العاص التي كانت تسمى الصادقة، وكان دون فيها بعض الأحاديث ، وقد تحدث عنها مجاهد فقال « رأيت عند عبدالله بن عمرو كتاباً فسألته ما هذا ؟ فقال : هذه الصادقة فيها سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بينه وبينه أحد » (طبقات بن سعد جـ ٢ ص ١٢٥ .

٢ ـ انظر الدارقطني في كتاب الزكاة ص ٢٠٩ عن الرسالة المحمدية ص ٥٤ .

المختلفة ، ومن شأن هذا أن تضعف قوة الحفظ والذاكرة — وهذا فضلاً عن دخول غير العرب في الاسلام بكثرة لم تعرف من قبل في دين سابق من الأديان المختلفة ، وهم لم يرزقوا بطبيعتهم ما كان للعرب من ملكة الحفظ وقوة الذاكرة .

حـ — ظهور الخطأ غير المتعمد على كثير من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، وسنته بسبب الاعتماد فقط على حفظ الراوي ، ثم ظهور الكذب على الرسول وشيوعه عن عمد أحياناً من كثير ممن دخلوا الأسلام مكرهين دون أن تخالط محبته قلوبهم وتتشربه نفوسهم .

اما كيف كان التدوين ؟

فمما لا شك فيه أنه كانت هناك بواكير لهذا العمل المجيد ، فالإمام العادل عمر ابن عبد العزيز المتوفى سنة ١٠١ هـ كتب إلى أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم ، وكان قاضياً بالمدينة ، ثم والياً عليها بأن انظر ما كان من حديث الرسول أو سنته أو نحو هذا فاكتبه لي ، فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء ، ولهذا نجد البخاري يُعَنوِنُ بعض أبواب كتاب العلم هكذا « باب كيف يقبض العلم، وكتب عمر بن العزيز إلى أبي بكر بن حزم . انظر [1] الخ » وقد توفى عمر بن عبد العزيز وكان ابن حزم قد كتب كتباً ، ولم يبعث بها إليه بعد .

وقد كان لهذا ما يشبهه من إشارة أبي جعفر المنصور على الامام مالك بن أنس بكتابة كتابه العظيم « الموطأ » وهو كما نعرف كتاب سنة وفقه معاً .

الا أن التدوين الحق في السنة والفقه وغيرهما ، بدأ فيما بعد زمن عمر بن عبد العزيز بنحو نصف قرن تقريباً ، فإنه لما كان العصر العباسي وانتصف القرن الثاني ، بدأ

١ ـ صحيح البخاري جـ ١ ص ٢٧ ،

علماء الأسلام في تدوين الحديث ، ووجدت فكرة التدوين في جميع الأمصار الأسلامية ففي مكة جمع الحديث ابن جريج المتوفى سنة ١٥٠ هـ وفي المدينة محمد بن اسحق المتوفى سنة ١٥١ هـ ، ومالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ، وبالبصرة سعيد بن عروبة المتوفى سنة ١٥٦ هـ ، وباليمن معمر بن راشد سنة ١٥٣ هـ ، وبمصر الليث بن سعد المتوفى سنة ١٧٥ هـ . وبالشام كان الأوزاعي .

ولكن لم يصلنا من هذه المجموعات إلا موطأ الامام مالك ، وكان الحديث في هذه الكتب ممزوجاً بأقوال الصحابة والتابعين وفتاويهم .

وعلى رأس المائتين رأت طبقة ثانية أن تفرد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غيره فألفوا ما يعرف **بالمسانيد** . فأثبت هؤلاء الأحاديث في مسانيد رواتها . فيذكرون مسند أبي بكر الصديق ويثبتون فيه كل ما روى عنه ، ثم جاءت بعد هذه الطبقة طبقة أخرى رأت أن تميز الأحاديث الصحيحة عن غيرها ، وتبحث عن حال رواتها ، فألفت كتب الصحاح المعروفة بالكتب الستة ، وقد حازت هذه الكتب عند المسلمين درجة عظيمة من الاعتبار لما امتازت به من الثقة العظيمة ، فالمحدثون يضعون صحيح البخاري ومسلم في الدرجة الأولى من الصحة . ذلك لأنهما دققا في الرواية والاختيار ، وقد حذا حذو البخاري ومسلم : أبو داود السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥هـ، وأبو عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ، وأبو عبد الله القزويني المعروف بابن ماجة المتوفى سنة ٢٧٣ هـ ، وابو عبد الرحمن النسائي المتوفى سنة ٣٠٣ هـ ، وكتبهم هي المعروفة في لسان اهل الحديث بالكتب الستة، وليس هؤلاء هم الذين ألفوا في السنة فقط، بل وجد بجانبهم كثيرون سواهم ، إلا أن الكتب الستة هي التي نالت شهرة لم ينلها سواها » .

هذا وقد جمع الشيعة على طريقتهم ، وهي الاقتصار على مرويات آل

البيت مجموعات من الأحاديث ، منها كتاب الكافي لمحمد بن يعقوب الكليني المتوفي سنة ٣٢٨ ﻫ ، ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه المتوفي سنة ٣٨١ ﻫ ، وكتاب الاستيعاب ، وتهذيب الأحكام للطوسي المتوفي سنة ٤١١ ﻫ .

الفصل الثالث

الإجماع

ثالث المصادر التشريعية الإجماع ، وقد عرف بتعريفات كثيرة ، والمختار عند جمهور الفقهاء أن يعرف بأنه « اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور على حكم شرعي » — ومقتضى ذلك أن الإجماع لا يتحقق إلا باتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية ، أما اتفاق غيرهم فلا يكون إجماعاً ، كما أنه لا بد من اتفاق جميع المجتهدين بحيث لا يخالف أحد منهم ، ثم إنه لا إجماع في حياة الرسول لأنه إن وافق رأيه رأي المجتهدين كان سنة ، وإن خالفهم لم يكن من الشرع في شيء .

وذهب الإمام مالك إلى أنه لا يشترط اجماع المجتهدين المسلمين ليكون حجة ، بل اعتبر إجماع أهل المدينة [1] — كما أن الشيعة لم يقبلوا إلا إجماع أهل البيت ، أو الإجماع الذي اشترك فيه الإمام المعصوم [2] — أما الأمام أحمد بن حنبل فقبل إجماع الصحابة أو إجماع الخلفاء الراشدين وحدهم .

---

(١) انظر الأحكام للآمدي حـ ١ ص ٣٤٩ .

(٢) قالوا ليس من المنطق أن ينتفي رأى الامام في المسألة التي لا خلاف فيها . فلو اتفق المجمعون على غير الواقع لأرشدهم اليه وهو الامين على أحكام الله، وهكذا يرتد احتجاج الامامية =

وقد أنكر ابراهيم بن سيار النظّام المتوفيسنة ٢٣١هـ حجية الإجماع،ورأى أن الحكم المجمع عليه إن كان مستنداً إلى دليل قطعي كان الدليل نفسه هو الحجة ، وإن كان مستنداً إلى دليل باطني ظني لم يتحقق الإجماع ، لاختلاف الناس في استنباط الأحكام [1] .

والإجماع إما أن يكون بإبداء الرأي صراحة ، ويسمى صريحاً ، وإما أن يكون سكوتياً ، فالسكوتي يحصل إذا ما أفتى أحد المجتهدين في إحدى المسائل ، وعرف بفتواه الباقون من أهل الاجتهاد في عصره ، ولم ينكرها عليه أحد منهم — وقد قال أكثر أصحاب أبي حنيفة إن الإجماع السكوتي حجة ، ولكن الشافعي نفاه ولم يعتبره ، واختار الآمدي رأياً وسطاً هو أن الإجماع السكوتي ظني ، والاحتجاج به ظاهري لا قطعي » ولا خلاف في حجية الإجماع الصريح متى تحقق .

والجمهور من العلماء على إمكان تحقق الاجماع بل على وقوعه فعلا فقد اجمع الصحابة على اعطاء الجدة السدس ميراثاً ، وأجمعوا على توريث الجد السدس عند عدم الأب مع وجود الابن ، وأجمعوا على تحريم شحم الخنزير « فإن لحمه قد حرمه النص القرآني » وعلى قتال مانعي الزكاة ، وزيادة الأذان الثاني يوم الجمعة

= بالاجماع الى الاحتجاج بالسنة التي هيأقوال المعصوم(راجع المبادىء العامة للفقه الجعفرى للسيد هاشم معروف الحسيني ص ٢٥٧ .

(١) كذلك لم يعترف الخوارج بالاجماع ، لأنهم خرجوا على الجماعة ، وحكموا بتكفير علي وعثمان والحكمين وكل من رضي بالتحكيم - وكذا الظاهرية رفضوا الأخذ بالاجماع كدليل من الأدلة الشرعية لعدم امكان تحققه بقول ابن حزم « ولا يمكن البتة أن يكون اجماع من علماء الأمة على غير نص من قرآنأو سنة عن رسولالله صلى الله عليه وسلم (الاحكام للامدي حـ ٤ص١٢٩) والاحكام لابن حزم حـ ٤ ص ١٤٤ وص ٢٢٢) .

على الزوراء [1] ، وأجمعوا على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم .

وقد أثار الشافعي الكلام حول إمكان الاجماع معترضاً على إمكانه بتفرق الفقهاء في البلدان وعدم التقائهم ، وتعذر معرفة المجتهدين ، وعدم الاتفاق على تعيين من ينعقد بهم الإجماع، ولم ير الإجماع ممكناً إلا في أصول الفرائض — والحق أن الإجماع كان ممكناً في زمن الصحابة . أما في عصر التابعين بعد تفرقهم في البلدان لم يكن الإجماع ميسوراً بل متعذراً . فلهذا كان الإمام أحمد بن حنبل يقول على الأمر الذي يدعى فيه الإجماع : لا نعلم فيه خلافاً .

ولا بد للإجماع من سند ودليل يستند إليه المجمعون على الحكم ، وهو إما كتاب كالإجماع على حرمة التزوج بالجدة فإن سنده قوله تعالى « حُرِّمَتْ عَلَيكُمْ أمَهاتكُمْ » وإما سنة مثل الإجماع على توريث الجدة السدس ، فانه استند إلى ما روى انه صلى الله عليه وسلم أعطى الجدة السدس ، وقد ادعى الإجماع على بعض أمور بنيت على قياس فقالوا مثلا : إن حد الشرب ثبت بالإجماع المبني على قياس مقدر بثمانين جلده [2]

هذا وقد لعب الإجماع دوراً مهماً في التشريع الاسلامي ، وفي تغير أحكامه

---

(١) هي دار في سوق المدينة وقد زيد هذا الاذان في عهد عثمان لما كثر المسلمون .

(٢) يقول الاستاذ ابو زهرة في كتابه اصول الفقه « وعند النظر في دعوى الاجماع في هذه القضية لا نجدها سليمة ، لان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يرى حده بأربعين جلده ، وبهذا الرأي أخذ أحمد بن حنبل ، أما علي رضي الله عنه فقد رأى أن يحد حد القذف ، وفوق ذلك فإنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم حد شارباً بأربعين جلدة ، ثم تركه ، فقال بعض الحاضرين أخزاك الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تثنبوا عليه الشيطان » راجع أصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٠١ طبع دار الثقافة العربية .

بحسب الزمان والعادات ، والأحوال والأمكنة في القضايا التي لا نص عليها في الكتاب أو السنة ، أو التي كان فيها النص مبهماً أو قابلاً للتأويل ،فالاجماع وسيلة تصلح للسير بالفقه في ميدان التطور في الحاضر والمستقبل ، ولاقتباس النظم الجديدة التي لم تكن معروفة في العصور السالفة ، وهو أيضاً نواة تصلح للتشبيه والمقارنة بالمجالس النيابية الذي تملك السلطة التشريعية في الزمن الحديث .

الفصل الرابع

القياس

وهو من المصادر التبعية ، كما هو دليل عقلي يثبت به المجتهد الحكم للواقعة التي لم يرد دليل على حكمها بعد مساواة الفرع لأصله في علة الحكم ، فهو إلحاق أمر لانص فيه ولا إجماع بآخر منصوص على حكمه أو مجمع عليه ، بسبب تساوي الأمرين في العلة ، ومن أمثلة ذلك إلحاق بعض الفقهاء النبيذ – مثلا – بالخمر في الحرمة ، ووجوب حد من يتناوله لأنه يسكر مثلها ، وكذلك الحكم بكراهية كل أنواع المعاملات وقت النداء لصلاة الجمعة بالقياس على كراهية البيع التي نص الشارع عليها ، لما في ذلك من الشغل عن الصلاة .

وللقياس أركان وشروط – فأركانه أربعة :

١ – الأصل : ويسمى المقيس عليه وهو الذي ورد النص على حكمه

٢ – الفرع : ويسمى المقيس وهو الذي يطلب معرفة حكمه بطريق القياس

٣ – الحكم الشرعي : وهو الذي يراد إثباته في الفرع

٤ – العلة المشتركة بين الأصل والفرع : والتي لأجلها يأخذ الفرع حكم الأصل .

وأما شروطه فأهمها : أن يكون الأصل حكماً شرعيـاً لا لغوياً . لأن اللغات لا يجري فيها القياس ، وأن يكون ثابتاً غير منسوخ ، وأن يكون حكم الأصل ثابتاً بنص من الكتاب أو السنة أو مجمعا عليه

ويشترط في الفرع شروط أهمها أن تكون علة حكم الأصل موجودة فيـه ، مع عدم وجود فارق أو مانع يمنع من تعدى حكم الأصل إليه، وإلحاقـه به في حكمه .

حجية القياس :

هذا ولم تتفق كلمة الفقهاء على أن القياس أصل من أصول التشريع فقـد رفض اعتباره دليلاً شرعياً الشيعة الإمامية ، وفريق من المعتزلة ، ثم ابن حزم من الظاهرية [1] .

فالأمامية يرون أنهم في غير حاجة له ما دام أئمتهم المعصومون عندهم أحكام الله في كل واقعة كانت أو تكون ، وهذه الأحـكام انتقلت إليهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم باعتبارهم أوصياء له ، وعملا بقول علي كرم الله وجهـه « لو كان الدين يؤخذ قياساً لـكان باطن الخف أولى من ظاهره [2] . وقول بعضهم : « إن الشيعة إذا قيست محق الدين » .

---

(١) لم ينكر شيخ الظاهرية داود بن عـلي القياس الجلي ولا الذي نص على علة حكم الاصل فيه .

(٢) لكنهم حين أخذوا بمبدأ الحسن والقبح العقليين لم يجدوا مناصاًمن ان يستعيضوا بالعقل عن القياس، فعد متاخرو الشيعة العقل بين مصادر التشريـع . وان كان صنيعهم هذا لا ينفي أن الشرع لديهم علم نقلي موروث تلقوه عن أئمتهم المكرمين .

والنظام ومن تبعه من المعتزلة يقولون : إن الشارع قد فرق في الحكم بين الأمور المتماثلة كما في قطع يد سارق القليل دون قطع غاصب الكثير ، وكما في حد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر »، وقد سوى في الحكم بين أمور مختلفة « مثل إيجاب القتل بالردة والزنا مع الاختلاف بينهما » وهذا على خلاف قضية العقل ، فإذاً لا يكون العقل مجوزاً للقياس[١] .

وكذلك ابن حزم اشتد في رفض القياس ، لأن كتاب الله وسنة رسوله فيهما كل غنية ، فأنكر وطعن في أدلة القائلين بالقياس ، بل حاول أن يجد في القرآن والسنة نصوصاً يدعم بها مذهبه .

والذي عليه جمهور الفقهاء الشيعة الزيدية أن القياس أصل من أصول الفقه ، ومصدر لا يستغنى عنه ،ولم ينكره صحابي بل أرشد اليه الله نفسه في غيرموضع من كتابه فقال تعالى « فاعتَبِرُوا يَا أُولي الابْصَار » (الحشر /٢) ، وقال سبحانه « قُلْ يُحييهَا الذّي انْشأهَا أول َمرةٍ وهُو بكلِّ خلْق عَليم » (سورة يس /٧٩) وجاءت السنة النبوية مؤيدة ذلك: فقد روى أن جارية قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أبي أدركته فريضة الحج ، وهو شيخ زمن لا يستطيع أن يحج ، فإن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فأجابها عليه السلام « أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ » قالت نعم ، قال: « فدين الله أحق أن يقضى»[٢] وقاس الصحابة خلافة أبي بكر على إمامته الناس في الصلاة كما قاسوا قتال مانعي الزكاة على تاركي الصلاة .

---

(١) انظر اعلام الموقعين حـ ٢ ص ، والإحكام للامدي حـ ٤ ص ١٨ .

(٢) اعلام الموقعين حـ ١ ص ١٩٨ .

وأيضاً روي أن رسول الله صلى الله عليــه وسلم قال لابن مسعود : « اقض بالكتاب والسنة إذا وجدتهما ، فإذا لم تجد الحكم فيهما اجتهد رأيك » . وقال لمعاذ عندما ولاه قضاء اليمن بم تحكم ؟ قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد ؟ قال فبسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد ؟ قال أجتهد رأيي[1] » فأقره على ذلك .

وفي الحق أن نفاة القياس قد أخطئوا إذ تركوا تعليل النصوص ، فقد أداهم إهمالهم للقياس إلى أن قرروا أحكاماً تنفيها العقول : فقد قرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه وبول الخنزير طاهر لعدم النص ، وأن لعاب الكلب نجس وبوله طاهر ، ولو اتجهوا إلى قليل من الحكمة والتفهم لفقه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو[2] .

هذا ، والقياس لا يكون إلا في الأحكام الشرعية العملية ، ولا بد أن يكون الحكم معقول المعنى بحيث يدرك العقل سبب شرعيته ، أو يؤمىء النص إلى سبب شرعيته ، كتحريم الخمر والميسر ، وتحريم أكل الميتة ، وتحريم الغش والرشوة . ولهذا لا يجري القياس في الأحكام التعبدية كمناسك الحج .

أما القياس في العقوبات فقد اتفق الفقهاء على أنه يجري في العقوبات غير المقدرة ، كالتعزير ، وقالوا إن هذه الجرائم تثبت بالقياس ، كما أن العقوبة تثبت بالقياس ، أما العقوبات المقدرة فقد اختلفوا فيها . فنقل عن الشافعية أنهم أجازوا فقاسوا القتل العمد على القتل الخطأ في إثبات كفارة القتل ، وأما الحنفية فمنعوا القياس فيها فلا يقاس السب على القذف[3] .

---

(١) الاحكام الامدي جـ ٣ ص ٧٧ ،

(٢) أصول الفقه للاستاذ أبو زهرة ص ٢٦٧ .

(٣) ولا يجري قانوناً في الجرائم والعقوبات ، لأن القاعدة عندهم أنه لا جريمة إلا بالنص ، ولا عقوبة إلا بقانون ، ولكن في دائرة ضيقة عندهم يقاس في العقوبات إذا كانت العلة واضحة بينة ، كعقوبة خيانة الأمانة في العقود التي تثبت فيها الخيانة .

وإذا كان القياس جهة من جهـــات العلم ، وطريقاً من طرق التعرف على الأحكام ، فالذي يصح له أن يقيس هو العالم بأحكام كتاب الله تعالى ، فرضه وأدبه ، وناسخه ومنسوخه ، وعامه وخاصه ، والعالم بالسنة النبوية ، وأقاويل السلف ، وإجماع الناس واختلافهم ولسان العرب ، ولا بد مع ذلك أن يكون صحيح العقل ، يفرق بين المشتبه ، ولا يعجل بالقول دون التثبت ، ولا يمتنع من الاستماع ممن خالفه، وعليه في ذلك بلوغ جهده ، والانصاف من نفسه حتى يعرف من أين قال ما يقول ، وترك ما يترك(١) » .

الفصل الخامس

الاستحسان

هو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته ، أو هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل رجّح لديه هذا العدول .

وإيضاح ذلك أن المجتهد في الاستحسان يرى أنه إذا طبق النص الوارد على عمومه ، أو أجرى القياس الظاهر الذي يبدو للعقل أول الأمر في مسألة من المسائل أوقع ذلك في ضيق وحرج، أو فوت مصلحة راجحة ، أو أدى إلى مفسدة ظاهرة ، فحينئذ يعدل المجتهد عن ذلك إلى حكم آخر لدليل شرعي آخر اقتضى هذا العدول ، وهذا الدليل الشرعي المقتضى للعدول هو سند الاستحسان ، فكان الاستحسان عند التحقيق ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً . ولهذا قال الكرخي من علماء الحنفية : « الاستحسان هو العدول في مسألة عن ما حكم به في نظائرها إلى خلافه ، لوجه هو أقوى » .

---

(١) أنظر الرسالة للشافعي ص٧٠ طبعة بولاق ، ص ٥٠٨ طبعة الحلبي .

ومن أمثلته أنه لا يصح بيع المعدوم، ولكن أجيزت الإجارة استحساناً، مع أنها بيع لمنافع الشيء المستأجر ، وهذه المنافع معدومة لعدم وجودها عند عقد الإجارة ، فكان القياس بطلان هذا العقد ، ولكنه أجيز استحساناً بنص الكتاب والسنة والعرف الذي جرى عليه الإجماع ، ومعنى ذلك أن المجتهد عدل عن القياس ، لهذه الأدلة الأقوى .

ومن ذلك أيضاً ما يسمى بالاستصناع ، وهو أن تتعاقد مع صانع على أن يصنع لك رداء أو شيئاً من الأثاث مثلاً ، فالمعقود عليه معدوم وقت العقد ، ولكنه أجيز استحساناً أيضاً لجريان العرف والتعامل به من الأمة جميعاً .

وقد اشتهر عن الأحناف الأخذ بالاستحسان ، كما اعتبره الحنابلة [١] والمالكية ، من أدلة الفقه ، ويجيء في المرتبة بعد الأدلة السابقة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وقد استدلوا على كونه حجة بما جاء في كتاب الله تعالى حثاً على اتباع الأمر المستحسن كقوله سبحانه : واتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ، (الأعراف – ٢٣) وقوله تعالى : « فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا » (الإعراف / ١٤٥) – وقوله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

وأنكر الشافعي الأخذ بالاستحسان ، وعارض القول به ، ولم يستثن في تحريم القول بالاستحسان أحداً ، فقد نقل عنه قوله في الرسالة « حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ [٢] » . ويرى أن الاستناد إلى الاستحسان قول بالهوى والرأي المجرد عن دليل ، وأن الاستناد

---

(١) لم يذهب ابن القيم مذهب الحنابلة ، وليس ذلك لأن الاستحسان قول بلا دليل ، وهو قول بالهوى والرأي بل لأنه ليس في شريعة الله شيء على خلاف القياس ، وان القياس الصحيح دائر مع أوامرها ونواهيها وجوداً وعدماً (اعلام الموقعين) حـ ١ ص ٣٣٥ ، حـ٢ ص ٢٤ .

(٢) الرسالة للشافعي ص ٥٠٧ .

إليه وهو بهذه الصفة ، إثم وجهل لا يليق من العلماء ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قد استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه ، وأفتوا باستحسانهم ، فقد أنكر على بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركاً لاذ بشجرة ، واستنكر أن أسامة قتل رجلاً قال لا إله إلا الله ، لأنه قالها تحت حدّ السيف ، فلو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم[1] .

ومن الواضح أن هذه الأدلة لا تنطبق على الاستحسان الحنفي ، ولا تعارضه ، كما لا تعارض الاستحسان المالكي . فإننا نعيذ القائلين بالاستحسان أن يريدوا به ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير دليل ، بل أن يفهموه تلذذاً ، وقولا بالهوى أو الرأي المجرد فإن هذا أو ذاك لا يليق بفقيه يحل ويحرم فيتبعه الناس . والاستحسان عندهم هو ما ذكرنا من قبل : العدول في مسألة عن حكم اقتضاه دليل شرعي إلى حكم آخر فيها لدليل شرعي آخر اقتضى هذا العدول ، فهو إذاً ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً كما قدمنا ، ومن الواضح أن القول بالاستحسان على هذا الوجه لا يكون تلذذاً ولا حكماً بالهوى أو الرأي المجرد الخالي عن دليل ، بل يكون شيئاً آخر غير الذي عارضه الشافعي ، وذم القائلين به أكبر الذم .

ولعل موقف الشافعي جاء من جهة تسمية هذا الدليل بالاستحسان ، ولكن العبرة بالمسمى لا بالاسم ، وبالمعنى لا باللفظ . وعلى هذا يكون معنى الاستحسان عند القائلين به لا ينكره مخالفوهم فيه بل ربما أخذوا به فعلاً في بعض ما ذهبوا إليه من آراء وفتاوى[2] ويكون حينئذ الخلاف في الاستحسان يكاد يكون

---

(١) الام للشافعي ح ٧ ص ٢٧٣ ،

(٢) فالآمدي وهو شافعي يذكر . نقل عن الامام الشافعي أنه قال استحسن في المتعة الواجبة لمن طلقها زوجها قبل الدخول ، وكان لم يسم لها مهراً : أن تكون ثلاثين درهماً . وقال استحسن ثبوت الشفعة للشفيع الى ثلاثة أيام . وفي السارق اذا أخرج يده اليمنى بدل اليسرى فقطعت : القياس أن تقطع يمناه والاستحسان ألا تقطع . (الأحكام للآمدي ح ٤ ص ٢١٠

لفظياً ، بل هو في رأي البعض خلاف لفظي فعلا[1] .

وقد رفض الإمامية القول بالاستحسان ، لأنه إما قياس حنفي كما في بعض تعاريفه ، وإما حكم تقتضيه المصلحة التي يدركها المجتهد عن طريق الاستنباط ، وهو في كلتا الحالتين لون من الاجتهاد بالرأي الذي قد يخطىء ويصيب ، ولكنه لا يغني من الحق شيئاً .

الفصل السادس

المصالح المرسلة « الاستصلاح »

يراد بالمصالح المرسلة : كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، ويكون في اعتبارها جلب نفع أو دفع ضرر .

وهذا الدليل مختلف فيه بين الفقهاء : فالحنفية والشافعية لم يعتبروه أصلاً قائماً بذاته بل أدخلوه في باب القياس ، فإن لم يكن للمصلحة نص يمكن ردها إليه فإنها تكون ملغاة .

وقال مالك والحنابلة باعتبار المصالح ، والذي أكثر من الأخذ بها مالك ابن أنس[2] ، وحسناً فعل ذلك لأننا لو وقفنا بالتشريع عند المصالح التي ورد

---

(١) أنظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٤ .

(٢) الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٩٥ . من ذلك أنه اذا خلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند ،وليس فيه ما يكفيهم، فللاسلام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال ، الى أن يظهر مال في بيت المال أو يكون فيه ما يكفي ، ثم له أن يجعل هذه الوظيفة في أوقات حصاد الغلات وحين الثمار ، لكيلا يؤدي تخصيص الاغنياء الى إيحاش قلوبهم ، ووجه المصلحة أن الامام العادل لو لم يفعل لضعفت شوكته ، وصارت الديار عرضة للفتن ، واستيلاء الطامعين فيها ، وقد يقول قائل : أنه بدل أن يفرض وظيفة (ضريبة) يستقرض لبيت المال - وقد أجاب عن ذلك الشاطبي فقال : « الاستقراض في الأزمات إنما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر ، وأما إذا لم ينتظر شيء وضعفت وجوه الدخل بحيث لا يغنى فلا بد من جريان حكم التوظيف » . (انظر الاعتصام للشاطبي ص ٣٩٨) .

الشارع باعتبارها ، لتعطل كثير من المصالح الحقيقية للناس والأمة ، تلك المصالح التي تختلف وتتجدد في كل زمان ومكان ، ولعجزت الشريعة الإسلامية عن مسايرة التطور الذي لا نعلم له مدى ينتهي إليه ، بل هو دائم مادام الزمن .

وقد اشترط الامام مالك الذي حمل لواء الأخذ بالمصلحة المرسلة شروطاً ثلاثة للأخذ بها :

١ – أن يكون في الأخذبها رفع حرج لازم يقع على الأمة ،فتكون ضرورية للمجتمع .

٢ – أن تكون المصلحة في ذاتها معقولة جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة بحيث إذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول .

٣ – ألا تعارض هذه المصلحة مقصداً من مقاصد الشريعة ، ولا دليلاً من أدلتها [١] المعروفة . .

وقد استند القائلون بالاحتجاج بالمصلحة إلى أن الصحابة سلكوا ذلك المسلك فمن ذلك :

ا – أن الصحابة قد جمعوا القرآن الكريم في مصاحف ، وليس في القرآن ولا في السنة نص يوجب أو يحرم جمع القرآن من الصدور والصحف والرقاع التي كان محفوظاً فيها ، والذي دفعهم إلى ذلك المصلحة ، التي هي حفظ القرآن من الضياع ، والخوف من ذهاب تواتره بموت حفاظه من الصحابة .

ب – قرر الخلفاء الراشدون تضمين الصناع ، مع أن الأصل أن أيديهم عليها من باب الأمانة ، ولكن وجدوا أنهم إن لم يضمن هؤلاء الصناع ما تحت أيديهم من الأمتعة لاستهانوا بها ، ولم يقوموا بحق المحافظة على ما تحت أيديهم من أموال الناس ، فقالوا بالتضمين للمصلحة .

(١) الاعتصام للشاطبي حـ ٢ ص ١١٠ ، ١١١ ، ١١٤.

جـ قال الصحابة بقتل الجماعة إذا اشتركوا في قتل الواحد ، لأن المصلحة تقتضي ذلك ، ووجه هذا أن القتيل معصوم الدم وقد قتل عمداً ، فإهدار دمه داع إلى منع القصاص ، إذ يكفي لعدم القصاص أن يشترك اثنان في القتل إذا قيل إن الجماعة لا تقتل بالواحد . وعلى هذا كل من يريد أن ينجو من القتل قصاصاً يشرك غيره معه فكانت المصلحة داعية إلى قتل الجماعة بالواحد .

وقد عارض الأخذ بالاستصلاح الظاهرية بوجه خاص ، والشيعة بوجه عام .

والفرق بين القياس والمصلحة المرسلة : أن في القياس يكون أمام المجتهد واقعة ثبت لها حكم بالنص أو الإجماع ، ثم تعرض له واقعة أخرى فيها العلة التي استوجبت الحكم في الواقعة الأولى فهو يلحق هذه بتلك في الحكم ، وذلك كما في قياس النبيذ على الخمر في التحريم لعلة الإسكار في كل منهما .

أما في المصلحة المرسلة فيجد المجتهد أمامه مسألة ليس فيها حكم ثبت بالنص أو الإجماع أو القياس ، ولكنه يرى أن فيها أمراً مناسباً لتشريع حكم لها ، وأن تشريع الحكم بناء على هذا الأمر المناسب يحقق مصلحة لم يعرف اعتبار الشارع لها أو عدم اعتبارها ، كما في إبقاء عمر بن الخطاب أرض العراق ونحوها بيد أهلها ، ووضع الخراج عليهم رعاية للمصلحة العامة للمسلمين .

وعلى هذا يشترك القياس في مع المصلحة أن كلا منهما يكون في الوقائع التي لا يوجد لها حكم خاص بالنص أو الإجماع ، ويختلفان في أن القياس يكون في الوقائع لها نظير في الكتاب أو السنة او الإجماع وتشترك في العلة . أما المصلحة فتكون في الوقائع التي ليس لها نظير تقاس عليه إنما يثبت الحكم فيها ابتداء . بناء على وجود المصلحة

الفصل السابع

العرف

هذا الدليل أخذ به الحنفية والمالكية في غير موضع النص – والعرف هو ما اعتاده الناس من معاملات، واستقامت عليه أمورهم، وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »، ولأن في مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً حرجاً وضيقاً، ولقد قال الله تعالى: « مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ في الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ».

وليس من العرف الذي هو أصل من أصول الفقه ما اعتاده بعض الناس مما هو ضرر أو فساد أو لا مصلحة فيه، فإذا اعتاد قوم شرب الخمر أو لعب الميسر، أو التعامل بالربا، أو رقص الرجال مع النساء في الأفراح، أو كشف العورة،

١ – الفرق بين العرف والعادة: قيل أن العرف في الأقوال، والعادة في الأفعال وفي الأشباه والنظائر ذكر الهندي في شرح المغني العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطبائع السليمة – ويفرق القانون بين العرف والعادة الاتفاقية بأن العرف يتميز أساساً بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة عن الاعتقاد في إلزامه نفس إلزام القواعد القانونية. فيجتمع للعرف الوجود المادي والمعنوي على السواء، ولا يجتمع للعادة إلا الوجود المادي وحده دون الوجود المعنوي. فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الإلزام وإن كانت مطردة في العمل، – ومن هنا لا تسري العادة في حق الأفراد سريان العرف في حقهم. فالعرف وهو قاعدة قانونية، يلزم الأفراد بذاته دون توقف على إرادتهم، أما العادة، وهي مجرد واقعة مادية أي مجرد سنة تتبع عادة في العمل دون أن تسندها عقيدة في إلزامها، فلا تكون لها قدرة على إلزام أي فرد كان إلا أن يريد الفرد الالتزام بها، وتظهر إرادته هذه صراحة أو ضمناً. فإذا لم تنصرف إرادة المتعاقدين لا صراحة ولا ضمناً إلى الالتزام بالعادة فلا إلزام لها عليهما. ومن أمثلة العادة ما يطرد عليه العمل في بعض المدن من أن المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه، وما يطرد عليه العمل على على عكس ذلك في مدن أخرى من أن المؤجر هو الذي يتكفل بهذا الثمن (راجع في ذلك المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيره ص ٣٥٧ طبع بيروت سنة ١٩٦٧).

فإن ذلك يكون عرفاً فاسداً لا يدخل في العرف الذي جعله الفقهاء من موازين الأحكام ، وقواعد استنباط الفروع.

والشرط في الاعتداد بالعرف ألا يخالف دليلاً شرعياً ، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ، ولا حكماً ثابتاً علم أنه لا يختلف باختلاف العصور والأحوال. ولذا نجد العلماء الذين يقررون أن العرف أصل من أصول الاستنباط ، يقررون أنه دليل حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة . فإذا خالف العرف الكتاب أو السنة كتعارف الناس في بعض الأوقات تناول المحرمات كأكل الربا فعرفهم مردود عليهم ، لأن في اعتباره إهمالا لنصوص قاطعة ، واتباعاً للهوى، وإبطالاً للشرائع، لأن الشرائع ما جاءت لتقرير المفاسد، فإن تكاثر الآخذون بها ،دعا ذلك إلى مقاومتها لا إلى إقرارها .

أنواع العرف :

ينقسم العرف أولا إلى عرف صحيح وعرف فاسد . فالصحيح هو الذي لا يخالف نصاً قطعياً ، والفاسد ما خالف دليلاً من أدلة الشرع ، و حكماً من أحكامه الثابتة ، أو أبطل نصاً من النصوص ، كتعارف الناس التعامل بالربا أو شرب الخمر ولعب القمار .

وينقسم العرف الصحيح إلى **عرف عام** ، **وعرف خاص** . فالعام هو الذي اتفق عليه الناس في كل الأمصار كدخول الحمام واطلاع الناس بعضهم على عورات بعض أحياناً ، وكعقد الاستصناع—وأما العرف الخاص فهو العرف الذي يسود في بلد من البلدان دون اخرى، أو طائفة من الناس ، كتعارف التجار فيما يكون عيباً ينقص به الثمن في المبيع .

كما **ينقسم العرف إلى قولي، وعملي** — فالعرف القولي : مثل تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشمل النوعين ،وقد

أوضح القرآن كذلك في قوله تعالى : « يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ »، (النساء / ١١) ومثل تعارفهم إطلاق لفظ اللحم في البيع والشراء والأيمان مثلاً على ما عدا السمك من اللحوم، مع أن القرآن سماه لحماً في قوله تعالى: « وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا » (النحل / ١٤) .

والعرف العملي مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي في بعض الأشياء من غير صيغة لفظية، وكتعارفهم تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة.

وقد اشترط القائلون بحجية العرف لاعتباره الشروط الآتية:

١ – أن يكون العرف مطرداً بين متعارفيه في جميع معاملاتهم، أي غالباً فيها، فإن كانوا يتعاملون به في بعض الحوادث ويتركونه في البعض الآخر فلا يصلح العرف دليلاً [١] .

٢ – وجود العرف عند إنشاء التصرف الذي يراد تحكيم العرف فيه، فالعرف الحادث لا عبرة به بالنسبة إلى الماضي . فمثلاً من حلف لا يركب دابة، وكانت الدابة في عرف بلده هي الفرس فقط، فإنه لا يحنث بركوب الجمال والبغال والحمير، فلو فرض أن العرف تغير وأصبح لفظ الدابة يتناول الجمال مثلاً، فإن هذا العرف الطارىء لا يحكم في اليمين السابقة عليه، وإنما يحكم فيما يحدث بعده من الأيمان [٢] – فمثلاً لو حصل الاتفاق على ثمن المبيع بدراهم أو بدنانير في بلدة اختلفت فيها النقود، كان البيع منصرفاً إلى النقد الدارج، وإلى العرف الغالب حين البيع، وليس إلى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف أو تغيير

---

١ - راجع تنقيح الفصول للقرافي ص ١٩٤ .

٢ - مثلا إذا أطلق الثمن في البيع وورد في العقد دون تخصيص نقد معين ، كان الثمن على غالب نقد البلد لا على النقد النادر (الهداية ج ٣ ص ١٨) .

٣ ـ ألا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه ، فلو شرطت الزوجة على الزوج أن يعجل لها مهرها كله وقبل الزوج ذلك، فلا يؤثر في هذا الشرط كون العرف جارياً على أن يعجل الزوج نصف المهر ويؤجل النصف الآخر ، لأنه حيث وجد الشرط لا يصار إلى دلالة العرف ، إذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح .

٤ ـ ألا يعطل العرف نصاً ، أو يتعارض مع أصل من الأصول القطعية ، لأن الشيء المتعارف إذا كان النص متعارضاً معه لا اعتبار للعرف . لأن في اعتباره إهدار أو إلغاء للنص، ولأن الشريعة إنما وردت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تخضع لأعرافهم .

ولهذا جرت القوانين الوضعية على منع التعامل أو التعاقد بما يتعارض مع نصوصها ، وتعتبرها لاغية إذا وقعت [1] ، ـ فإن لم يكن العرف متعارضاً مع النص أو معطلاً له فمن الممكن أن يوفق بينهما ، وحينئذ يكون العرف معتبراً، وله سلطانه .

---

١ ـ قد كانت العادة في بدء نشوء الأمم أساس جميع المظاهر الاجتماعية ، فكانت وحدها أساس الدين والاخلاق والمعاملات ، ثم تناقصت أهميتها على الناحية التشريعية شيئاً فشيئاً ، بظهور المحاكم وتدوين القوانين ، وأصبح دورها يسيراً في أيامنا الحاضرة . ولهذا كانت العادة في تاريخ التشريع الروماني من المصادر الاصلية ، فلقد جمعت أولا في قانون الالواح الاثني عشر ، وبقيت معتبرة حتى في أيام بوستنيانوس . القائل « بأن الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة » .

وفي فرنسا كانت العادة شريعة الايالات الشمالية المسماة ببلاد الشريعة العرفية ، ولكن أهميتها تضاءلت بعد تدوين قانون نابليون وما تلاه من القوانين، ولم يبق لها من تأثير إلا في مواضع قليلة، كما في الامور التجارية وغيرها من المعاملات ـ أما في انجلترا وأميركا فقد اعتبر العرف العام من أدلة التشريع غير أن العادات القديمة أصبحت اليوم مربوطة بقرارات المحاكم بصفة سابقات لا يجوز إغفالها .

فالعرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجوداً، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الأخرى التي ما لبثت أن ظهرت إلى جواره ، ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف على الاحتفاظ بمركزه الاسمي بين المصادر الرسمية فتخلى عنه واحتله التشريع بدلا منه (الدكتور حسن كيره المدخل إلى القانون ص ٣٧٣).

وقد دخل العرف التشريع الإسلامي من أبواب مختلفة منها :

أ - أن بعض النصوص وخاصة الأحاديث بنيت على العرف . فمثلا الحنطة والشعير كانا من المكيلات ، وكذا مسائل الديات والقسامة أقرتها السنة النبوية بناء على العرف .

ب - وفي السنة التقريرية كثير من العادات العربية ، فقد سكت الرسول عن بعض العوائد المستحسنة ورضي عنها ، فأصبحت جزءاً من العادات الإسلامية المبنية على السنة أيضاً

جـ - اعتبر الإمام مالك عمل أهل المدينة اجماعاً كافياً ودليلا شرعياً عند عدم النص ، ولم يكن عمل أهل المدينة في غالب الأمر إلا العرف والعادات القديمة والمعاصرة ، التي كانت شائعة فيها .

أمثلة من تحكيم العرف :

إذا استأجر خياطاً ليخيط له ثياباً . يكون الخيط والإبرة على الخياط عملا بالعرف .

إذا أعطى رجل ولده لأستاذ ليعلمه صنعة ، دون أن يشترط أحدهما أجرة للآخر ، فبعد تعلم الصبي ، لو طالب أحدهما الآخر بأجرة ، يعمل بعرف البلدة وعادتها ، فإن كان العرف يشهد للأستاذ حكم له بأجر المثل ، أي الأجرة المعتادة لذلك التعليم ، وإن كانت الأجرة عادة للصبي لزم الأستاذ دفعها . - وكذلك جوز العرف والتعامل بيع الوفاء وهو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع . وكذا جوز ما كان يقع في أيام « ابن نجيم » في أسواق القاهرة مما يسمونه « خلو الحوانيت » فلا يملك صاحب الحانوت إخراج المستأجر منها ولا إجارتها لغيره [1] .

---

١ راجع شرح الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم حـ ١ ص ١٣٦-١٣٨ - الخلاف في جواز الخلو - .

ومنه ما إذا باع التاجر شيئاً دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن ولا تأجيله ، وكان المتعارف بين التجار أن البائع يأخذ كل أسبوع قسطاً معلوماً من الثمن . انصرف العقد إلى هذا العرف [1] .

وللعادة تأثير أيضاً في تفسير بعض التصرفات ، فمن ذلك قاعدة « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » ومعناها أن المستحيل بعرف الناس حكمه حكم المستحيل الحسي ، ومن المستحيل الحسي: أن يدعي رجل أنه ابن رجل آخر أصغر منه سناً ، ومن المستحيل العرفي : أن يدعي رجل معدم أن السلطان استدان منه مبلغاً كبيراً من المال ، فهنا للعادة تأثير في وصف الأمر المدعى به وإلحاقه بالمستحيل الحسي .

ومن ذلك قولهم « الحقيقة تترك بدلالة العادة » ومعناه أن إذا أصبح المعنى الحقيقي مهجوراً اللفظ ، وشاع استعمال ذلك اللفظ في معنى آخر ، فيكون المعنى المشهور معولاً عليه دون الحقيقي [2] .

مخالفة العرف للأدلة الشرعية :

إذا خالف العرف دليلا مثبتاً لحكم يفهم أنه من النظام العام ، والقانون الثابت لم يصح اعتبار العرف ، ولا يؤثر العرف مطلقاً على الدليل الشرعي.

اما إذا علم أن ما أثبته الدليل ليس من النظام العام فلا تكون مجاراته مخالفة لهذا الدليل ، وذلك كأن يعلم أن شيئاً ثبت مجاراة لعرف كان قائماً ، ثم حدث عرف آخر على خلاف العرف الأول الذي وافقه الدليل ، فأنه يؤخذ بالعرف الجديد ذلك لأن الأحكام التي تقوم على العرف تتبدل بتبدل هذا العرف — ولهذا أجاز الفقهاء — بناء على العرف الطارىء — التبادل في النقود الذهبية والفضية بمثلها

---

٢ — من ذلك أيضاً ما هو متبع من دفع أجر العامل ، من أصحاب الأعمال يوم السبت « وهو المسمى بالسبتية » فإن هذا معروف بين تجار مدينة بيروت .

٣ — وفي معناه ما قيل في المثل « غلط مشهور خير من صحيح مهجور » .

عدداً وقيمة ، وإن كان في التجويز مخالفة في الظاهر لما رواه أحمد عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الوَرِق بالوَرِق إلا وزناً بوزن ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء » لأن السر في اشتراط الوزن في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة إنما هو ضبط نظام التعامل ، وتحقيق المساواة في البدلين تحرزاً من الربا ، وقطعاً لمادة النزاع بين الناس ، فإذا كانت قطع الذهب أو الفضة مضبوطة القيمة والعيار – كما هو الحال في زماننا – لم يكن هناك سبيل إلى النزاع في بيع بعضها ببعض عدداً ، ونحكم حينئذ بتحقق ذلك التساوي فيها [1]

فإن كان الحكم ثابتاً بقياس فيترك للعرف ، لأن العرف دليل الحاجة ، فهو أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض ، ولأن الأحكام التي تبنى على القياس الظني تتغير بتغير الأزمان ولذا قالوا: إنه يجوز أن يخالف المتأخرون مذهب المتقدمين عنهم إذا كان اجتهاد المتقدمين مبنياً على القياس ، لأنهم في أقيستهم كانوا متأثرين بأعرافهم [2] فمن ذلك :

أ – عدم تصديق المرأة إذا دخل بها زوجها ثم أنكرت أنه أعطاها أي قدر من المهر قليلاً كان أو كثيراً ، فقد أخذ المتأخرون بفتوى الفقيه أبي الليث الذي اعتبر مثل هذا الإنكار باطلا ، لأنه يستحيل عادة ، ولا يكلف الزوج إثبات الأداء ، مع أن القاعدة المقررة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وذلك لشيوع الكذب ، وإنكار الحقوق .

ب – أن أبا حنيفة كان يرى أن الشهادة لا تحتاج إلى تزكية الشهود ممن يثق

---

١ ـ انظر السياسة الشرعية ص ٨٨ للأستاذ الدكتور عبد الرحمن تاج ، والفقه الاسلامي للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ص ٢٢٣ .

٢ ـ يقول ابن عابدين ولهذا نجد مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا ، أخذاً من قواعد مذهبه . انظر رسالة العرف في مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٦ .

بهم القضاء وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عدول بعضهم على بعض » ، وكان ذلك الحكم مناسباً لزمانه ، ولكن لما فشا الكذب كان لا بد من التزكية ، ولذلك اشترطها الصاحبان لما عالجا شؤون الناس في القضاء .

جـ ــ قال فقهاء الحنفية إنه لا يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، ولا إقامة الشعائر، لأن هذه عبادات ، والعبادة لا تؤخذ أجرة عليها ، ولكن لما امتنع الناس عن تعليم القرآن إلا بأجرة ، وعن إقامة الشعائر إلا بأجرة جوز المتأخرون ذلك ليستمر حفظ القرآن ، ولتقوم الشعائر من أذان وجماعة في المساجد .

تغير الزمان وأثره على العرف :

يقول ابن عابدين الحنفي : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة ، بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه [1] » .

ومن أمثلة ذلك : أن أبا حنيفة كان يرى أن غاصب الثوب إذا صبغه أسود يعتبر ذلك تعييباً له فيخير المالك بين أن يترك الثوب للغاصب ، ويضمنه قيمته كما غصبه غير مصبوغ ، أو أن يأخذ الثوب مع تضمين الغاصب نقصان قيمته بهذا الصبغ ، وفقاً للحكم العام القياسي في تعييب المغصوب عند الغاصب ــ فلما تبدل عرف الناس في اللون الأسود وأصبح مرغوباً فيه لما اتخذه العباسيون شعاراً لهم . قال الصاحبان: إن صبغ الثوب بالأسود يعتبر كالصبغ بالأحمر والأصفر ــ زيادة لا تعييباً له ، فيطبق عليه حكم زيادة الغاصب في المغصوب ، ويخير المالك بين تركه ، وتضمين الغاصب قيمة الثوب غير مصبوغ ، أو أن يأخذه ويدفع للغاصب قيمة الزيادة صيانة لحقها .

---

١ ـ انظر رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين بالجزء الثاني ص ١٢٥.



الباب الرابع

طبيعة الفقه الاسلامي

سنتناول في هذا الباب أولاً : أسس التشريع الإسلامي العامة ، وما روعي في هذا التشريع من مبادىء تشعر متبعيها بالسلام والطمأنينة ، وتضمن لهم المعيشة الهانئة السعيدة ، وتكفل لهم العدالة الاجتماعية ، فمما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية خصت الأفراد بالعناية والاهتمام لا لأن الفرد أعظم من المجتمع ، ولكن لأن المجتمع المتوازن إنما يتكون من الأفراد المتوازنين ، فإنه لا توازن لمجتمع يعيش أفراده في قلق نفسي ، أو اضطراب روحي ، كما ألزم التشريع كل حاكم في الإسلام بالعدل المطلق بين الناس ، لا فرق بين طبقاتهم وأجناسهم وأديانهم ، كما أن التشريع الإسلامي بروحه الاجتماعية لا يحابي الجماعة على حساب الفرد ، ولا الفرد على حساب الجماعة ، ووضع للدولة من نظم الحكم ، ومن ضمانات العدالة القضائية ، ومن ضمانات الأمن والسلام ، ما يجعل الدولة خادماً حقيقياً للفرد .

وسنتكلم في هذا الباب ثانياً عن خصائص التشريع الإسلامي ، ومزاياه ، مع الموازنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، ثم ثالثاً عن المبادىء الإنسانية في التشريع الإسلامي ، وأخيراً عن دعوى تأثير الفقه الإسلامي بالقانون الروماني .

الفصل الاول

أسس التشريع الاسلامي العامة

يرتكز التشريع الاسلامي على أسس قوية ، تمتاز بالمرونة والحكمة ، وكان

من شأنها أن صار صالحاً لكل زمان ومكان ، ولكل بيئة ومجتمع ، وسنقصر كلامنا عن أسس ثلاثة فقط هي .

اولا : عدم الحرج[1].

فالله سبحانه وهو العليم بعباده ، الخبير بأحوالهم وما هم عليه من صحة ومرض ، وقوة وضعف ، رفع عن الناس كل ما يوقعهم في الضيق ، أو يلحق بهم المشقة ، خاصة المرضى والمصابين ، أشار إلى ذلك وصف الله رسوله صلى الله عليه وسلم بقوله « وَيَضَعُ عَنْهُم إصْرهَمْ [2] والأغْلال التي كانَت عَلَيْهِمْ » (الأعراف - ١٥٧) وقوله تعالى : « لا يُكَلِّفُ اللهُ نفساً إلا وُسْعَهَا » (البقرة-٢٨٦) وقوله « يُريدُ اللهُ بِكُم اليُسر ولا يُريدُ بِكُمْ العُسْرَ » (البقرة - ١٨٥) وقوله : «مَا جَعَلَ عَليكُم في الدينِ مِنْ حرج » (الحج - ٧٨) وقوله : « يُريدُ الله أنْ يُخَفِّفَ عنكُم وخُلِقَ الانسَانُ ضَعِيفاً » (النساء ٢٨) وقوله: « مَا يُريدُ اللهُ ليجْعَل عليكُم مِن حرج» (المائدة - ٩) كما وردت الأحاديث النبوية بهذا المعنى فقال صلى الله عليه وسلم « بعثت بالحنيفية السمحة » وكان من شمائله عليه السلام أنه « ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً » الى غير ذلك من الآيات والأحاديث .

ولرفع المشقة والحرج مظاهر كثيرة ، منها ما هو العبادات ، ومنها ما هو

---

١ - الحرج في لغة العرب الضيق .

٢ - ذكر المفسرون للاصر معاني كثيرة ، وكلها ترجع إلى الأمر الغليظ الصعب ، فمنها أنه المسخ قردة وخنازير ، وأنه الذنب ليس توبة له ولا كفارة ، وقد بين الإصر في مكان آخر بأنه التشريعات الشديدة ، وذلك مثل : أن الجزء النجس من الثوب يجب قرضه ، وتحريم الانتفاع بغنائم الحرب ، وتحريم العمل يوم السبت ، وعدم قبول الدية بدل القصاص ، والأمر بقتل أنفسهم علامة على توبتهم ، وهذا كله فضلاً عن تحريم ما حرم عليهم من لحوم بعض انواع الحيوانات ولحوم بعض أجزاء منها (قارن الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ح ٣ ص ٤٣٠).

في المعاملات ومنها ما هو في العقوبات وما يتصل بها ، ونعرض المثل الذي توضح تلك النواحي :

ففي العبادات : نجد أنها قليلة حتى صار من اليسير القيام بهـا في يسر ومن غير عنت ولا مشقة ، فالصلاة خمس صلوات في اليوم والليـلة ، تؤدي حسب استطاعة المصلي ، فإن قدر على صلاتها قائماً صلاها كذلك ، فإن لم يستطيع القيام أباح الله له الصلاة من قعود ، أو يصليها على جنبه إن لم يستطع القعود ، فإن لم يستطع ما سبق صلاها بالإيماء كما أباح له أن يقصر الصلاة الرباعية فيصليها ركعتين إذا كان على سفر ، كذلك أباح التيمم بدل الوضوء لمن لم يجد الماء ، أو كان في استعماله ضرر يلحقه ، وأباح للمسلم تناول المحرم كالخمر ولحم الخنزير والميتة عند الضرورة .

وفي الصوم لم يفرض إلا شهراً واحدا في العام ، وهو قليل وفي مقدور الانسان ، ومع ذلك أباح الفطر لمن يشق عليه الصوم لمرض أو حمل أو سفر أو إرضاع ، أو كبر سن .

وفي الحج فرضه مرة واحدة في العمر لما في تكراره من التكاليف البدنية والمالية كما لم يفرض إلا على المستطيع اليه سبيلا [1].

والأمر بالزكاة إنما هو خاص بالقادر الذي يملك نصاباً فاضلاً عن حوائجه الأصلية .

---

١ ـ ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يعلم الناس فريضة الحج ، وقال إن الله قد فرض عليكم الحج فحجوا فسأله رجل قائلا أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى كرر السؤال ثلاثاً والرسول لا يجيب ويعرض عنه ، فلما سأله الرابعة قال رسول الله مجيباً له « لا ، والذي نفسي بيده لو قلت نعم لو جبت ، ولو وجبت ما استطعتم ، ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على انبيائهم » وفي هذا أنزل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم » المائدة ـ ١٠٢) .

وفي **ناحية المعاملات** ، نجد اليسر شاملاً فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية يجب اتباعها ليكون العقد صحيحاً ، كما كان عند الرومان ، بل تكفي في هذا رغبة المتعاقدين فقط كما هو معروف ، واكتفى لصحة العقد بتحقق الرضا من المتعاقدين ، فقال تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ » فإن كلمة تجارة تشمل كل أنواع المعاملات – ومن باب التيسير في المعاملات أيضاً جعلها تبتني في غالب أحوالها على العرف الصحيح ، كما رخص في الغرر اليسير ، واغتفر الجهالة التي يعسر التحرز عنها ، كما رفع التكاليف الشاقة ، والحرمات التي كانت على اليهود فأباح للمضطر أكل الميته ، وشرب الخمر عند الضرورة ، وأحـــل الطيبات من الرزق .

وفي الزواج بالنساء حرم بعضهن ، ثم أحل ما وراء ذلك . وأنكر على المحرمين للطيبات تحريمهم بغير دليل فقال سبحانه « قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ، وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ » (المائدة – ٣٢)

ولتكون المعاملات صالحة للتطبيق في كل زمان ، لم يفصل أحكامها ، ولم يصبها في قالب خاص فقال تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » (المائدة – ١) .

وفي **باب العقوبات** ، نجد أن منها ما يسمى « بالحدود » وهي عقوبات الزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر ، صيانة للنسل والعرض والمال والعقل ، وفي هذا نجد الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وفي رواية « ادرءوا الحد عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » – كما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع ، فقال له « ما إخالك سرقت » قال : بلى « أي سرقت » فأعاد عليه

مرتين ، فأمر به فقطع » أي قطعت يده لسرقته بإقراره — ومع هذا يسقط الحد عن السارق لما يقتات به حفظاً لنفسه ، إذا كان لا يجد شيئاً غيره، وكذا عمن سرق ما يسد حاجته من مال يدعي أن له حقاً فيه .

ثانياً : رعاية مصالح الناس جميعا

فالتشريع الإسلامي من مقاصده الأساسية تحقيق المصالح للناس كلهم لا فرق بين جنس وجنس، وأمة وأخرى ، لأن الرسالة المحمدية رسالة عامة ، فلذا هي تخاطب جميع أصناف البشر. فالإسلام يعتبر المسلمين جميعاً أمة واحدة بنص القرآن ، وإن تعددت أوطانهم قال تعالى : « إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » .

ولما كانت المصالح تتضارب وتتعارض كثيراً . فما هو خير لبعض الناس قد يكون ضرراً في حق آخرين ، أوجبت الشريعة الإسلامية في هذه الحالات تقديم المصلحة العامة على الخاصة ، وبينت أن الضرر الأكبر يجب أن يزال بالضرر الأدنى ، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» ومن هنا أباحت الشريعة الإسلامية نزع ملكية بعض الناس لتوسعة الطريق ، أو لمجرى نهر ينتفع به العامة ، وأوجبت نفقة القريب المحتاج على قريبه ، وحكمت بإكراه المدين الموسر القادر على الأداء والوفاء، ولو كان ذلك بالحبس وأجازت لولي الأمر أن يفرض على الأمة ضرائب متى كانت الدولة في حاجة إلى ذلك .

وفي سبيل تحقيق هذا المبدأ جعل الشارع أحكام المعاملات تدور مع المصلحة حيثما دارت ، فنرى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، ويكون جائزاً إذا كانت فيه مصلحة ، فمثلاً منع بيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، وأجاز قرض الدرهم بالدرهم ،

ومن مظاهر ذلك أيضاً أن الفعل قد يكون مشتملاً على مصلحة في وقت من الأوقات فيكون مشروعاً ، فإذا زالت تلك المصلحة تغير حكمه ، فمثلاً المؤلفة قلوبهم [1] قرر لهم القرآن سهماً في الصدقات فقال تعالى « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ وَالعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ .. الآية » (التوبة /٦٠) وكان الرسول عليه السلام وأبو بكر يعطيهم . فلما كان زمن عمر أوقف سهم المؤلفة قلوبهم ، فقد فهم أن هذا السهم كان مقصوراً على الحالة التي كان عليها أهل الأسلام أولا من قلة العدد ، وكثرة عدد الكفار ، أما في عهده فقد أعز الله الإسلام ، وأغنى عنهم ، ولذا قال قال لهم : «فإن ثبتم على الإسلام فبها وإلا فبيننا وبينكم السيف». فهو يرى أن هذا الحكم وهو إعطاؤهم نصيباً من الزكاة كان قد شرع لعلة معينة ، فلما زالت هذه العلة ، وجب أن يزول الحكم ، فلا حاجة اذاً للرأي والاجتهاد في هذه الحالة ومثلها ،

وليس معنى هذا أن عمر أبطل سهم المؤلفة قلوبهم مطلقاً ودائماً ، بل كان رأيه أن أمرهم يدور مع ذلك السبب ، حتى إذا تجددت للمسلمين حاجة إلى التأليف كما كانت الحالة أولاً ، فإنه يصح للإمام أن يصرف للمؤلفة سهما حسبما تقضي المصلحة .

ومما يحسن التعرض له هنا إيضاح الفرق بين التشريع الاسلامي وبين القانون الوضعي فيما هو مقرر أن كلا منهما يسري في حق جميع المخاطبين بأحكامه ، ولكن المخاطبين بأحكام القانون الوضعي محدودون بحدود الأقليم ، أو بجنس الدولة التي يعتبر القانون قانوناً لها ، على حين أن الأمر ليس كذلك في الشريعة

---

(١) المؤلفة قلوبهم نفر من الذين دخلوا في الاسلام كان يعطيهم الرسول نصيباً من الغنائم ومن الصدقات تأليفاً لهم ، وتقريباً لقلوبهم من الإيمان الحق ، والدين الخالص منهم عيينة بن حصين ، والاقرع بن حابس .

الإسلامية ، لأن المسلمين جميعاً مخاطبون بالتشريع الإسلامي ، مهما كانوا في أي بلد من بلاد الله ، وهذا ما يخرجه عن نظام الاقليمية ، فالإسلام يعتبر المسلمين جميعاً أمة واحدة بنص القرآن ، وإن تعددت أوطانهم ، أو استحدثت أخيراً .

أما في القانون فمبدأ سريان أحكامه وشموله جميع المخاطبين يكون على أحد حالتين :

أ ــ السريان الإقليمي وهو ما يعبر عنه القانونيون بمبدأ إقليمية القانون ، على معنى أن القانون إنما يطبق على كل المقيمين في هذا الإقليم من وطنيين وأجانب ، ولا يطبق على من كان خارجاً عن الوطن والإقليم ، وإن كان مواطناً .

ب ــ السريان الشخصي ، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القانون ، على معنى أن القانون يطبق على كل المواطنين حتى من كانوا خارج الوطن ، ولا يطبق على الأجانب المقيمين في الوطن[1] .

ومن الدلائل على مراعاة مصالح العباد في التشريع الاسلامي :

نسخ بعض الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية[2] وهو يطلق على معنيين :

---

(١) انظر محاضرات في المدخل القانون للدكتور حسن كيره ص ٢٦٨ .

(٢) رفع عموم نص سابق أو تقييد نص مطلق موجود في القرآن بلا نزاع سواء كنا نعلم من تاريخ التنزيل أن العام والمطلق سابقان في التنزيل على الخاص والمقيد أم متأخران عنه، وسواء كان المتأخر متصلا أم متراخياً ، وسواء سرنا مع بعض الفقهاء الذين يطلقون على المتراخي من الخاص والمقيد أنه =

الأول : إبطال الحكم المستفاد من نص سابق بنص لاحق مثل حديث « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » فإن النص الأول يطلب الكف عن زيارة القبور ، والنص الثاني يرفع ذلك النهي ، ويحل محله الإباحة أو الطلب .

الثاني : رفع عموم نص سابق أو تقييد نص مطلق ، ومثاله قوله تعالى : « والمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوء » (البقرة ٢٢٨). فإنه نص عام ينتظم المدخول بها وغيرها ، ثم ورد قوله تعالى: إذَا نَكَحْتُمُ المؤمناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا » (الأحزاب / ٤٩) فقد دل على أن غير المدخول بها لا تجب عليها عدة . ومن تقييد المطلق قوله تعالى « حُرِّمَتْ عَلَيكُمُ الميتةُ والدَّمُ » (المائدة / ٣) فإنه محرم لكل دم سواء كان مسفوحاً أو غير مسفوح ، ثم ورد قوله تعالى « قُلْ لا أجِدُ فيمَا أُوحِيَ إليَّ مُحرَّماً عَلَى طاعم يَطْعَمُهُ إلاَّ أن يكونَ ميتَة أوْ دماً مَسْفُوحاً » (الانعام/١٤٥) فإنه قيد تحريم الدم بكونه مسفوحاً — أما الدم الباقي في الذبيحة بعد ذبحها ولم يسفح فلا يكون محرماً .

والنوع الأول وهو وجود نص في القرآن أبطِلَ حكمه ، أو انتهى أمد حكمه ، ولم يعد بقاؤه إلا بصفة أنه ذكرٌ يتلى محل نظر .

وجمهور الفقهاء على أن النسخ جائز وواقع ، بل إنه كان لمراعاة مصالح

= ناسخ للعام والمطلق أم سرنا مع من يسميه تخصيصاً وتقييداً ، لأن الاسماء لا تعنى بعد وجود المسميات ، ويكفي أن نقول أن نقول إن العام والمطلق لم ينلها الإبطال كليا . فإن العام لا يزال دليلا فيما عدا ما دل الخاص علىخروجه من دائرة الحكم السابق — من أجل ذلك لم يكن مما اهتم القرآنبه الدلالة على السابق من النصين واللاحق منهما ، ولا مما اهتم الأصحاب بمعرفته لأن العام يؤخذ وما خصصه كأنهما نص واحد كالمستثنى والمستثنى منه .

العباد في التشريع ، فلما كان المقصود من شرعية الأحكام هي مصالح العباد ، وهذه المصالح قد تختلف باختلاف الأزمنة والأحوال ، فإذا شرع حكم لتحقيق مصلحة ثم زالت هذه المصلحة رفع الله ذلك الحكم ، وأوجب العمل بغيره ، فيه تحقيق مصلحة العباد على أكمل وجه .

ثم إنه لا نسخ بعد فترة النبوة ، لأن النسخ إذا كان لمراعاة أحوال الناس ومصالحهم في عصر النبوة ، فبعد انتهائها تكون مراعاة المصالح بأمور أخرى [1] .

ومن أمثلة النسخ في القرآن :

ا ـ قال تعالى : « والَّذينَ يُتَوفونَ مِنكُم ويذرون أزواجاً وصيةً لأزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إلى الحولِ غيرِ إخْراجٍ » (البقرة ـ ٢٤٠) دلت الآية على أن عدة المتوفي عنها زوجها عام كامل ـ وأنه يجب على زوجها أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة ـ ثم ورد قوله تعالى « والذينَ يُتَوفَّونْ منكُم ويذَرونَ أزْواجاًيتربَّصْنَ بأنفِسهن أربَعَةَ أشْهرٍ وَعشْراً » (البقرة ـ ٢٣٤) دالاً على أن عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكان ناسخاً للحكم الأول . وأيضاً نسخت آية المواريث الوصية للزوجة ، حيث قدَّر الله لها نصيباً في تركه زوجها : هو ربع تركته إن لم يكن له ولد ، وثمن التركة إن كان له ولد .

ب ـ كانت في أول الأمر جريمة الزنا عقوبتها الإيذاء والحبس في البيوت حتى تظهر ممن زنى التوبة والاصلاح . كما دل على ذلك قوله تعالى : « واللاتي يأتِينَ الفَاحِشَةَ من نسائِكُم فَاسْتَشْهِدُوا علَيْهِنَّ أرْبَعَةً مِنْكُمْ ، فَإنْ

---

١ ـ انظر تعليل الأحكام للاستاذ محمد مصطفى شلبي ، والمدخل في التعريف بالفقه له ايضاً ص ٦٣ .

شَهِدُوا فَأَمسِكُوهُنَّ في البُيُوتِ حَتَّى يَتَوفَّاهُنَّ الموت أوْ يَجْعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً ، والَّذَانِ يأتِيانِهَا مِنْكُم فَآذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُما إنَّ اللهَ كانَ تَوَّاباً حَكِيماً » (النساء–١٥، ١٦) ثم نزل قوله تعالى : « الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كلَّ واحدٍ مِنْهُما مائَةَ جَلْدة ، وَلا تأخُذكُم بِهِمَا رأفَةٌ في دِينِ اللهِ إنْ كُنْتُم تُؤمِنُونَ بِاللهِ واليَوم الآخِرْ ، وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ المؤْمِنِين » (النور – ٢) ناسخاً للحكم الأول [١].

حـ – قوله تعالى : « كُتِبَ عَلَيْكُم إذا حَضَر أحدَكُم الموتُ إنْ تركَ خيراً الوصيةُ للوالِدَين والأقْرَبينَ بِالمعْروفِ حَقًّا على المُتَّقينَ » (البقرة – ١٨٠) دل على وجوب الوصية للوالدين والأقربين ، وأن لهؤلاء حقاً في أموالهم ، ثم لما ألفوا هذا الحكم نسخ ذلك بآية المواريث وهي قوله تعالى : يُوصيكُمُ اللهُ في أوْلادِكُمْ الآية » فإنها لما نزلت قال الرسول عليه السلام : « ان الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

ومن النسخ الواقع في السنة النبوية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث في قوم أهل وثنية ، يعبدون الأصنام ، فمنع من زيارة القبور حتى لا يؤدي الى شيء من ذلك في نفوس بعض ضعفاء الإيمان من المسلمين ، حتى إذا زالت دولة الشرك. وانتشر الإسلام، ولم يخش على المسلمين من عبادة الأوثان ، أباح النبي صلى الله عليه وسلم زيارة القبور ، فقال عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » .

---

١ ـ هذا على رأي الجمهور . أما أبو مسلم الأصفهاني فلا يرى ذلك نسخاً ، ويمنع النسخ في القرآن ، ويقول إن قوله تعالى « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الآية » المراد بها المساحقة بين النساء ، فعقوبتهن الحبس في البيوت حتى الموت . أو الزواج ـ ويحمل قوله تعالى « واللذان يأتيانها منكم » على اللواطة ـ أما آية الزانية والزاني فهي في الزنا – راجع تفسير ابن كثير حـ ١ ص ٤٦٢ وتفسير المنار حـ ٤ ص ٤٣٨ .

ومن نسخ السنة بالقرآن أنه كانت قبلة المسلمين في الصلاة أول الأمر بعد الهجرة إلى المدينة التوجه إلى بيت المقدس، وبعد نحو من ستة عشر شهراً نسخ الله سبحانه وتعالى ذلك ، وأمر بالاتجاه إلى البيت الحرام، وقد ذكر الله ذلك في قوله سبحانه : « قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ في السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرضَاهَا ، فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ المسجدِ الحرامِ ، وَحَيْثُمَا كُنتم فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْره » (البقرة - ١٤٤).

هذا ومن يتأمل مواضع النسخ يتضح له أن الناسخ قد يكون أشد من المنسوخ كما في نسخ حبس الزانية في البيت، وإيذاء الزاني بالقول، فإنه نسخ بحكم أشد من ذلك هو الرجم للمحصن أو الجلد لغير للمحصن (غير المتزوج) - وقد يكون الناسخ أخف من المنسوخ كما في عدة المتوفي عنها زوجها[1].

والسر في جريان النسخ في الشريعة الإسلامية أن النبي عليه السلام بعث في جماعة لم يتقيدوا من قبل بقانون ولا نظام ، فلو خوطبوا بالأحكام دفعة واحدة ما أطاقوها ، ولذلك أخذهم الله بالتدريج ، فنزل على الرسول أولاً من الأحكام ما يطيقون ، فلما خالطت قلوبهم بشاشة الإيمان، خوطبوا بأحكام أنهت الأحكام السابقة ، وبقيت محكمة إلى يوم القيامة .

ثالثاً : تحقيق العدل للناس عامة :

ومن الأسس التي راعتها الشريعة الإسلامية العدل والعدالة بين الناس جميعاً ،

---

١ - يرى الأستاذ ابو زهرة أنه لا نسخ في هذا الموضع لان التوفيق ممكن بين الآيتين، وحيث أمكن التوفيق فلا سبيل للنسخ . ويرى أن التوفيق بأن يكون موضوع الآية الاولى (الانتظار أربعة اشهر وعشر) خاص بالواجب على المرأة، والآية الثانية موضوعها حق لها، فإن الشارع جعل لها الحق أن تبقي في منزل الزوجية الذي كان يملكه زوجها سنة كاملة لا يخرجها الورثة ، وإن خرجت مختارة فلا إثم على الورثة . وذلك واضح بين من النص . راجع أصول الفقه ص ١٨٤ .

حتى مع الأعداء وإن كانوا في حرب فعلاً مع المسلمين ، فهي لا تفرق بين حاكم ومحكوم في المؤاخذة بل الجميع لديها سواء لا فرق بين كبير وصغير ، وعظيم وحقير ، وغني وفقير ، ذلك لأن هذه الشريعة قد بينت حقوق الفرد والجماعة أياً كان الفرد، وهذه الجماعة ، وعملت على أن تشتمل أحكامها على صيانة الحقوق لأصحابها ، وبهذا أصبح الكل آمناً على نفسه وماله وجميع حقوقه .

والقرآن الكريم وسنة رسول الله قد حفلا بالآيات التي تحث على العدل ، فتأمر به تارة ، وتنفر من الظلم ، وتحرمه تارة ، وتَعِدُ على العدل بالثواب ، وتَتَوَّعد على الظلم بالعقاب، وإن من يتتبع آيات القرآن الكريم في ذلك ليجد أنه أتى بكلمة عدل ومشتقاتها بالمعنى الذي تريده نحو عشرين مرة ، كما أتى بكلمة ظلم ومشتقاتها نحو ٢٩٩ مرة، كما أتت كلمة « عدوان» ثمان مرات، وكلمة اعتدى ومشتقاتها نحو عشرين مرة فمن ذلك :

قوله تعالى : « إنَّ اللهَ يَأمُرُ بِالعَدلِ والإحْسانِ وإيتاءِ ذي القُرْبَى» (النحل ــ ٩٠) وقوله: « إنَّ اللهَ يأمُرُكُم أنْ تُؤَدُّوا الأمَانَاتِ إلى أهلِهَا وإذا حَكَمْتُمْ بينَ النَّاسِ أنْ تحكُمُوا بالعَدْلِ » (النساء ــ ٥٧) ــ وقوله « يَا أيُّهَا الذِينَ آمنُوا كونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ وَلَوْ عَلى أنْفُسِكُمْ أو الوالِدَيْنِ والأقْرَبِين » (النساء ــ ١٣٥) .

وقوله : « يَا أيُّها الذينَ آمنُوا كُونُوا قوَّامِينَ للهِ شُهَدَاءَ بِالقِسطِ ، وَلا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قومٍ عَلى ألاَّ تَعْدِلُوا ، اعْدِلُوا هُوَ أقْرَبُ لِلتَّقْوَى » (المائدة ــ ٨) .

فمن هذه الآيات نلمس مقدار حرص القرآن على إقامة العدل، وعدم التقصير فيه ، لأن العدل هو الأساس المتين الذي لا تقوم الحياة والدنيا بدونه .

ومن الآيات الواردة في التنفير من الظلم قوله تعالى: « مَا للظَّالِمِينَ مِنْ حَمِيمٍ

ولا شَفِيعٍ يطاع » (غافر ـ ١٨) ـ وقوله : وَلا تَحْسَبَنَّ الله غَافِلاً عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ أنَّما يُؤَخِّرهُمْ لِيَوم تَشْخَصُ فِيهِ الأبْصَار » ابراهيم ـ ٤٢) ومن ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «الظلم ظلمات يوم القيامة ـ ولقد طلب الله العدل في القضاء وفصل الخصومات ، وفي تولية المناصب ، وفرض الضرائب ، وجباية الأموال ، وفي كل شئون الحياة فمن ذلك أن امرأة من بني مخزوم سرقت حلياً أو متاعاً ، ورفع أمرها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالسرقة ، وخاف قومها أنْ ينفذ الرسول عقوبة السارق عليها فيفتضح أمرهم ، فجاءوا إلى أسامة بن زيد ، وكان معروفاً بحب النبي صلى الله عليه وسلم له ولأبيه زيد ، وكلموه أن يشفع للمرأة ، فلا ينفذ الرسول عليها العقوبة ، فلما كلم أسامة رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك : غضب عليه السلام وقال: « أتشفع في حد من حدود الله ؟ » ثم جمع الناس فخطب فيهم وقال : إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الحق لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها .

كما أنه عليه السلام أهدر ما بقي من ربا الجاهلية بادئاً بإهدار ما كان لعمه العباس أقرب الناس إليه وقال : ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله ، لكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، وأول ربا موضوع أبدأ به ربا عمي العباس بن عبد المطلب » .

هذا ويتمثل العدل واضحاً في الشريعة الإسلامية في نظرتها إلى الناس جميعاً نظرة واحدة ، فهم أمامها سواء لا فرق بين سيد ومسود ، ونبيل ووضيع ، ومن ثم فهي تعادل بينهم في أحكامها ، كما أنها لا تنظر بحال ما إلى نبالة المولد ، ولا إلى وجاهة الثروة والغنى ، فلا تعطي لذلك ميزاناً ، ولا تعرف للتفاضل مقياساً إلا التقوى والعمل الصالح ، وفي هذا يقول سبحانه إنَّ أكْرَمَكُم عِندَ الله أتْقَاكُمْ (الحجرات ـ ١٣) ويقول الرسول المصطفى :« لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى » .

والشريعة الإسلامية في هذا تمتاز عن القانون الوضعي الذي يقتصر مبدئياً على مجرد تحقيق العدل لا العدالة . لأن العدل يقتضي المساواة في الأحكام على أساس الوضع الغالب في الحياة ، من غير اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة، على حين أن العدالة تقتضي المساواة المجسمة الواقعية في المعاملة للحالات المتماثلة إذا تماثلت في ظروفها وجزئياتها الواقعية، وهذا النوع من المساواة لا يستطيع واضع القانون تحقيقه ، لأنه لا يستطيع قبل وضعه للقواعد القانونية ، التنبؤ مقدماً بتلك الظروف أو الجزئيات الواقعية لكل من تلك الأوضاع[1].

الفصل الثاني

خصائص التشريع الإسلامي ومزاياه

والموازنة بينه وبين القوانين الوضعية

قدمنا أن الفقه الإسلامي يستند في أسسه العامة إلى الوحي الإلهي ، ومن هنا تميز عن أي تشريع آخر بخصائص متنوعة. منها ما يرجع إلى مقومات الفقه نفسها ومنها ما يرجع إلى المسلك الذي سلكه ، والطريق الذي سار فيه حتى يصل إلى الغاية التي رضيها الشارع الحكيم للعالم .

وليس من المستطاع القيام بجمع أطراف تلك الخصائص التي ترجع إلى طبيعة الفقه لأنها كثيرة ، ولكنها إجمالاً ترجع إلى الأمور الآتية :

---

١ ـ قارن محاضرات في المدخل للقانون للدكتور حسن كيره ص ١٤ ، ١٥ .

ا ـ أن مصدر الفقه الإسلامي الوحي الرباني ـ ب ـ قيامـــه على الدين والأخلاق ـ حـ ـ الجزاء فيه دنيوي وأخروي ـ د العبرة ببواطن الأمور وحقائقهادون الظواهر ـ هـ ـ قبوله للتطورحسب بيئات الزمان والمكانونفصل كل أمر هذه الأمور .

أولا : مصدر الفقه هو الوحي الالهي

فقد رأينا أنه يستند إلى كتاب الله تعالى ، وسنةنبيه محمدصلى الله عليه وسلم ، إما بنصوصهما التفصيلية ، أو بروحهما ومقاصدهما ، فكان الرسول عليه السلام هو المرجع الأول فترة حياته ، وبعد وفاته قام صحابته على منهاجه ، فاتخذوا القرآن والسنة إماماً لهم ، وأساساً لاجتهادهم ، وقيدوا أنفسهم باستلهام روح الشريعة إذا لم تسعفهم النصوص بأحكام الجزئيات ، ولهذا كانت للفقه الإسلامي صفته الدينية التي صبغت أحكامه في العبادات والمعاملات على السواء ، وتلك الصبغة الدينيةأكسبت أوضاعه المدنية هيبة واحتراماً، وجعلت لها سلطاناً قوياً على النفوس ، فإنه من المعلوم أن القوانين المستمدة من الدين لهـــا مساس قوي بالوجدان ، وتأثير على النفس ، وتكتسب صفة التمكن في الضمير ، لأنالشخص يمتثلها بدافع من نفسه ، ووازع من ضميره، ويفعلها رهبة من ربه ، ورغبة في نعيمه الدائم في الآخرة .

ومما يؤكدذلك تلك الوقائع العديدة التي تنادي بأن عنصر الدينأكسبالفقه هيبة واحتراماً ، كما يدل على ذلك ما كان عليه المسلمون الأوائل من إيثار لرضا الله على كل شيء واعترافهم بالمعاصي التي تحدث منهم وهم بعيدون عن أعينالناس، من ذلك أن ماعزاً والغامدية جاء كلمنهما إلى رسول الله طائعاً مختاراً،واعترف اعترافاً صريحاً بجريمة الزنا ، مع علم كل منهما أن العقوبة هي الرجم بالحجارة حتى الموت ، وقد حاول الرسول عليه السلام أن يصرفهما عن هذا الاعتراف ، لكنهما أصرا على إقرارهما مؤثرين عذاب الدنيـــا على عذاب الآخرة، وقدأقامالرسول

عليها حد الزنا، وصلى على الغامدية صلاة الجنازة . وعندما قال قائل للرسول كيف تصلي عليها وهي زانية ؟ رد عليه قائلاً : « إنها تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم ».

وليست القوانين الوضعية كذلك فهي من حيث المصدر تعتمد في أكثر أحوالها على أعراف الناس ، وما هدي إليه أهل البصر في الأمم الذين لهم طول مران وممارسة لشئون الحياة ، ومن الأوضاع المتوارثة . فلهذا انتفت عنها الصفة الدينية ، كما أن الانسان إنما يفعل مطالب القوانين الوضعية بقوة السلطان ، وقهر الحكام دون أن تتحرك في نفسه أو ضميره دوافع الطاعة ، ولهذا نجد الانسان يحاول الإفلات من العقوبة متى سنحت له الفرصة . هذا فضلاً عن أن الفقه مصدره المعصوم عن الخطأ ، بينما القانون الوضعي من عمل الإنسان الذي هو مهما كان أمره عرضة للخطأ ، كما هو عرضة للصواب .

ثانياً : الفقه بنيت أحكامه على الدين والأخلاق

فالتشريعات الإسلامية ارتبطت بالأخلاق الى درجة كبيرة . يظهر ذلك واضحاً في تقرير مبدأ الضرورة ، التي بنيت عليه أحكام التيسير على الناس ، ورفع الحرج والمشقة ، ونفي الضرر ، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وقد تقدم الكلام عنها ، كما يظهر ذلك في أحكام كثيرة منها حقوق الجوار ، فإن الله سبحانه يعلم ما طبعت عليه النفوس البشرية من أنانية وأثره ، فأكد لذلك حق الجار على جاره ، إلى درجة أنه قرنه بالأمر بعبادة الله وعدم الشرك بـه ، فقال سبحانه : « واعْبُدُوا اللهَ ولا تُشْرِكُوا بِهِ شيئاً وَبالْوَالِدَيْنِ إحْسَاناً ، وَبِذِي القُرْبَى والْيَتَامَى والمسَاكِينْ ، والجَارِ ذِي القُرْبَى والجَارِ الجُنُبِ والصَّاحِبِ بِالجَنْبِ . الآية » (النساء - ٣٦) - كما أكد حق الجار الرسول الاكرم في أحاديث كثيرة منها قوله : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سَيُوَرِّثُه » ، وقوله :

« من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» ، وقد قال الفقهاء ليس للشخص أن يستعمل حقه في ملكه على وجه يترتب عليه ضرر فاحش لجاره ، كحجب الضوء عنه أو فتح مظلات من شأنها إلحاق الضرر به أو أذاه

ومن ابتناء التشريع على الأخلاق ما نجده في تشريع الزكاة . فالقرآن الكريم قد بين أن في الصدقة تطهير وتزكية ، وخير للمتصدق ، فقال تعالى : « خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا » (التوبة ـ ١٠٣) ، كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أحاديث كثيرة يؤكد أن للمتصدق عوضاً من الله عما أنفق في سبيل الخير فيقول «ما من يوم يصبح العباد فيه إلا وملكان ينزلان ، فيقول أحدهما : اللهم أعط منفقاً خلفاً ، ويقول الآخر : اللهم أعط ممسكاً تلفاً [1] » .

وكذلك وجدنا التشريع الإسلامي يحرم الربا ليطهر المجتمع والنفوس من الأنانية ، ولينشر روح التعاون بين الناس ، ويباعد بينهم وبين العداوة والبغضاء ، كما حرم القتل والميسر والسرقة والخمر والزني والقذف سُمُواً بالمسلم عن الاستيلاء على مال الغير أو إيذائه في نفسه أو عرضه .

وقد رغب في الجهاد بشتى ضروب الترغيب ، وبين أنه خير من الدنيا وما فيها وأنه لاجزاء له إلا الجنة في الآخرة ، جاء ذلك في كثير من الآيات والأحاديث النبوية منها قوله تعالى « إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُم وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ» (النساء ـ ١١١) كما قال تعالى « فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالآخِرَةِ ، وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْراً عَظِيماً » (النساء ـ ٧٤) ومن الأحاديث

---

(١) اللؤلؤ والمرجان حـ ١ ص .

الواردة في ذلك ما ورد عن الرسول من قوله: « تكفل الله لمن جاهد في سبيله ، لا يخرجه من بيته الا الجهاد في سبيله ، وتصديق بكلماته ، أن يدخله الجنة أو يرده إلى مسكنه بما ناله من أجر أو غنيمة » وقوله « لغـدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها » وقد كان لهذا المنهج في الدعوة إلى الجهـاد ، والدفاع عن الوطن والدين . وتحبيب المسلمين في بذل النفس في سبيل ذلك أثره الكبير في قلوب الناس ، فهذا جابر بن عبدالله ، يحدث أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد : أرأيت إن قُتِلْتُ فأين أنا ، قال له الرسول : « في الجنة » فألقى الرجل بتمرات في يده ، ثم قاتل حتى قتل »

هذا هو شأن الفقه الإسلامي ، أما القانون الوضعي فقد فصل بين القانون والأخلاق، فتجلت في القانون الروملني وغيره النزعة الفردية[1]، وسادت روح الأنانية[2] ، فتراه ينص صراحة على أن إساءة استعمال الحق لا يعتبر عملاً غير مشروع ، فلا ضير على الجار أن يبني فوق بيته غرفاً عالية استعمالاً لحقه ، وإن كانت تحجب الضوء عن جاره، ولا مانع قانوناً على الجار أن يحفر في أرضه مجرى للماء، إلى غير ذلك كثير، فالقانون لا يقيم للأخلاق وزناً[3]، ولعل هذا يرجع إلى

---

١ ـ فمثلا القانون المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤ م هو وليد الثورة الفرنسية التي كان هدفها الأول تحرير الفرد مما كان ينوء به من قيود وأثقال ، في السياسة والقانون والاقتصاد وغير ذلك كله من نواحي الحياة العامة ، فجاءت هذه الثورة لتقرر ان للانسان باعتباره فردا حقوقاً طبيعية بلغت من القداسة ألا يجوز العبث أو المساس بها ، ولو لصالح الغير ـ ولذا ساد هذا القانون الروح الفردية (المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨١)

٢ ـ حقاً إنه دائماً في كل تشريع وضعي جديد يقدم له بمذكرة إيضاحية تعتبر تمهيداً له ، وتشتمل على السبب في وضعه ، والدوافع التي دعت المشرع إلى إلزام الناس به ، والغاية منه ، ولكن هذا شيء ، وما يبعث على طاعة القانون شيء آخر .

٣ ـ فمثلا يقر القانون لمن يضع يده على عقار بنية الملك خمس عشرة سنة بملكيته لهذا العقار حتى ولو كان غاصباً ، كما أنه يقضي بسقوط الحق بالتقادم اذ يرى أن ذلك أدنى إلى قيام النظام في المجتمع . ولكونه لا يقصد إلا غاية نفعية محدودة نراه يبعد عن بعض قواعد الاخلاق فيبيح الزنى وشرب الخمر والقمار في غير قليل من صوره .

أن واضعي تلك القوانين لا يعرفون من مصالح الناس إلا ظواهرها وقد تشتبه عليهم ، وقد يتدخل عنصر الهوى فتنعدم الثقة بين المكلفين وبينهم ، ومن هنا كان الفرد دائمـــاً يحاول الافلات من العقوبة ، ويتحين الفرص لذلك ، لأن الحافز له على فعل ما أمر بفعله قانوناً خوف العقاب على مخالفة القانون ، فلولاه لخالف إشباعاً لشهواته ، فيكون الامتثال للقوانين الوضعية قائماً تحت تأثير السلطان وقهر الحاكم .

أما التشريع الإسلامي فلوجود عنصر الدين الموقظ للضمير ، ولابتنائه على الأخلاق الداعية إلى الاستقامة ، كان الامتثال لأوامر الشريعة الإسلامية والخضوع لتعاليمها قائماً على الرضا والاختيار والرغبة ، فالإنسان يقبل على فعل المأمورات الشرعية ، وينتهي عن المنهيات وهو معتقد في قرارة نفسه ، عالم كل العلم بأن ربه مطلع عليه ، محيط بمـــا تخفي نفسه وما تحتويه مشاعره ، يعلم سره وما تنطوي عليه نفسه ، فلهذا هو دائم الحذر من المخالفة بوازع من نفسه ، وإن في اعتقاد المكلفين أن الله لا يشرع من الأحكام إلا ما فيه مصلحتهم ، وهو المحيط بجميع أحوالهم ، الأثر الكبير في حملهم على تقبل هذه التكاليف بالرضا والاطمئنان والإقدام على فعلها طواعية دون رهبة بل طمعاً في رضا ربهم ، ونيـل الثواب في الآخرة .

وما إقدام ماعز والغامدية ، وإتيانها رسول الله طائعين مختارين ، ليعترفا بجريمتهما إلا إيثاراً لرضا ربهم على كل ما سواه ، وعلمهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة .

ثالثا : الجزاء دنيوي وأخروي

وتلك خاصية أخرى اختص بها الفقه الإسلامي ، وهي تتصل اتصالاً وثيقاً بالخاصية السابقة فإن القانون السماوي المتمثل في الفقه الإسلامي ، يجعل الثواب

والعقاب على الأفعال في هذه الحياة وفي الآخرة أيضاً ، والجزاء الأخروي أعظم دائماً من الجزاء الدنيوي، ومن أجل ذلك يشعر المؤمن بوازع من نفسه ، وفي قوة، بضرورة العمل بأحكامه واتباع أوامره ونواهيه ، وكان من شأن ذلك أن تقل حالات الفرار من الأحكام ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار ، ويحسون بمراقبة الله إذا ضعفت مراقبة المخلوق ، فهو يعتقد في نفسه أنه إن استطاع أن يفلت من عقاب الدنيا ، فلا استطاعة له على الإفلات من عقاب الآخرة

هذا ويلاحظ أن أعمال الجوارح «التي للناس اطلاع على المخالفة فيها» عقوباتها دنيوية ، ووكل أمر تنفيذ العقوبة فيها إلى ولاة الأمور – أما أعمال القلوب «التي لا اطلاع لأحد عليها إلا الله وحده» فمخالفتها عليها عقوبات أخروية، وقد يقرن الوعيد الأخروي بالعقاب الدنيوي ، من ذلك عقوبة قطاع الطريق الخارجين على طاعة الامام، فقد ورد عقابهم في قوله تعالى : « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ، وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ » (المائدة – ٣٣) [١] .

وليست القوانين الوضعية لها تلك الخاصية ، كما يفيده تعريف القانون « بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء[٢] »

---

١ – معناه أن عقابهم القتل إن قتلوا من غير أخذ مال – وعقابهم الصلب أي مع القتل ان جمعوا بين القتل وأخذ المال ويعاقبوا بقطع أيديهم من خلاف أي تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إن اخذوا المال فقط – ويكون عقابهم الحبس وهو معنى النفي من الأرض اذا لم يزيدوا على إخافة الناس واذاعة الذعر فيهم .

٢ – انظر أصول القانون ص ٣٨ للأستاذ السنهوري وحشمت أبو ستيت .

فإن هذا التعريف يفيد أن خصائص القانون أمور ثلاثة : قاعدة ، وتنظيم الروابط الاجتماعية ، ويصحبها جزاء ، إلا أن هذا الجزاء يكون دنيوياً دائماً ، لأن واضع القانون لا يملك طبعاً من أمر الآخرة شيئاً ، ومن ثم ، لا جناح على من يستطيع الإفلات من هذا الجزاء .

رابعاً : الاعتداد بالباطن دون الظاهر

فالفقه الإسلامي لا ينظر الى ظواهر الأمور ، أو صور الأفعال ، إنما العبرة عنده لبواطن الأمور وحقائقها ، فالأمور بمقاصدها ، فإذا اختلفت النية مع الظاهر وجب الحكم شرعاً بمقتضى النية إن أمكن معرفتها ، والشيء لا يكون حلالاً اذا كان اختلف الظاهر فيه عن الباطن[1] ، فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع إذا كان عامداً له حكم وعقوبة ، وإذا كان مخطئاً له حكم وعقوبة مخالفة للعمد. وأيضاً من قال لآخر خذ هذه الدراهم فإن نوى التبرع كان هبة،وإلا كان قرضاً واجب الإعادة .

ولكن في القضاء يجري الأمر على الظاهر . فقد يكسب القضاء الباطل أحياناً صورة الحق ، وقد يكسب الحق صورة الباطل ، لكنه لا يحل حراماً ولا يحرّم حلالاً ، ولا يغير من واقع الأمر شيئاً ، والحكمة في كون القضاء في التشريع الإسلامي يجرى على الظاهر: هي أن بواطن الأمور مما تخفي ، ومن غير المستطاع الوقوف عليها ، فلهذا كلفنا الله تعالى الأخذ بالظاهر ، فورد عن الرسول عليه

---

١ – ولهذا نلمس فكرة الحلال والحرام هي المهيمنة على الانسان داخلياً وخارجياً – ومن هنا نجد تعبير القرآن غالباً عن المشروعية بالحل وعدم المشروعية بالحرمة أو عدم الحل - قال تعالى: « وأحل الله البيع وحرم الربا » « يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » وقال « هو الحل ميتته » ونجد ذلك كثيراً في تعبيرات الفقهاء بالحل والحرمة . فقالوا يحرم على الرجل لبس الحرير ولبس الذهب ، ويحل للنساء ، وقالوا لا يحل بيع الميته ، ويحرم شرب الخمر .

السلام قوله : أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

وعلى هذا قضت الشريعة الإسلامية بأنه إذا اتفق الظاهر والباطن في القضاء حل للمدعي أن يأخذ ما ادعاه ، وينتفع به إذ كان محقاً في دعواه . أما إذا اختلف حكم الظاهر مع الباطن بأن كان المدعي كاذباً في دعواه – وأثبت الدعوى بشهادة شاهدين زورا مثلاً، واستوفت الدعوى صورتها المطلوبة، فحكم القاضي له بدعواه، وثبت الحق له ظاهراً بحكم القاضي، مع أنه يعلم في نفسه أنه غير محق في الدعوى فالحكم القضائي لا يحل له الحرام ولا يحرم عليه الحلال ، ويحرم على المدعي أخذ ما قضي له به ، ولا يحل له الانتفاع به ، لأنه حرام في أصله ، ولهذا ورد عنه صلى الله عليه وسلم قوله : إنكم تختصمون إليّ وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم يكون ألحن[1] بحجته من الآخر ، فاقضى له نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقتطع له قطعة من النار » .

وتختلف مهمة الإفتاء عن القضاء في الفقه الإسلامي فبينما نجد القاضي يعالج المسائل ويقضي فيها من ناحية الحكم القضائي ، وما يحتاج إليه من، بينة نجده لا ينظر إلى ناحية الباطن مطلقاً ، وعلى العكس من ذلك المفتي فإنه يضع في اعتباره كلتا الحالتين ، فإن اتفق الظاهر مع الباطن أفتى بالظاهر ، أما إذا اختلف الظاهر مع الباطن فإن عليه أن يفتي بالباطن .

فمثلاً من طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد إليه ، بل الى لفظ آخر يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاء أي يقضي القاضي بوقوعه عملاً بالظاهر ، ولكنه لا يقع ديانة فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ .

---

١ – روى الحديث بروايات مختلفة متقاربة ورواه البخاري ومسلم وغيرهما . ومعنى ألحن بحجته افطن وأحسن بياناً .

أما القانون الوضعي فلا عبرة عنده ببواطن الأمور ، بل يعتبر الظواهر والصور ، فالشيء باستكماله الصورة الخارجية يكون حقاً قانوناً وإن كان في حقيقته أمراً باطلاً .

خامساً : قبول الفقه للتطور

وهذه الخصيصة كنتيجة لكل ما سبق من الخصائص . فإنها تجعله خالداً متطوراً مع الزمن . وقد تطور الفقه فعلاً في زمن الخلفاء الراشدين[1]، ولو أن الفقهاء قاموا على الفقه وأحاطوه بما يجب ، ولم يجمدوا على القديم ، ولم يقف في فترة من فترات مراحله . لما كانت الأمة الإسلامية بحاجة لأخذ قوانينها من الغرب أو غيرهم .

ووسائل تطور الفقه الإسلامي كثيرة وأهمها كما قدمنا : الإجماع ، والقياس ومبدأ المصالح المرسلة ، ووجوب رعاية العرف .

ومن القواعد الكلية التي تنطق بتطور الفقه قاعدة التيسير للضرورة[2] والمشقة والحرج.« **المشقة تجلب التيسير – الأمر إذا ضاق اتسع ، الضرورات تبيح المحظورات** » والأمثلة على ذلك كثيرة منها جواز القتل دفاعاً عن النفس

---

١ ـ من ذلك تسويغ التعامل بالخمر والخنزير لأهل الذمة – غير المسلمين ـ بينما التعامل بهما باطل في حق المسلمين ـ وكذلك اقرارهم على ما يدينون في أحوالهم الشخصية وحقوقهم العائلية كتصحيح أنكحة نسائهم بلا عدة تقضي على اثر وفاة أزواجهن اذا كان ذلك سائغاً عندهم ـ ومن أمثلة حقوق الحرب فتوى الإمام الأوزاعي بعدم جواز قتل الرهائن السياسية إذا خان قومهم العهود مع المسلمين ونقضوا المواثيق لقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » وقد كان المعتاد بين الأمم قتلهم (والرهائن السياسية أشخاص ذوو مكانة في قومهم يحجزون لدى قوم آخرين ضماناً للوفاء بالعهود بين الفريقين » .

٢ ـ الضرورة معناها ما التجأ فيها المرء إلى حفظ دينه أو ماله أو نفسه أو عقله أو نسله من الهلاك ـ ومعنى الحاجة : ما كانت لازمة لصلاح معيشة الإنسان .

والترخيص في حالة خوف هلاك النفس بأكل لحم الميتة للجائع عند عدم الطعام أو شرب الخمر عند شدة العطش وعدم الماء . وترخيص الحنفية شرب الخمر للتداوي استحساناً ، ومن ذلك أيضاً ما روى عن عمر بن الخطاب أنه أعفى السارق في عام المجاعة من الحد « وهو عقوبة قطع اليد » لأنه سرق لأجل سد رمقه وإحياء نفسه ، فكانت هذه الضرورة سبباً لإسقاط العقوبة عنده . ثم في اجماع العلماء بعده .

وتقيد الضرورة والحاجة أيضاً بالقدر اللازم لرفع الحرج والمشقة وفقاً لقاعدة **« الضرورات تقدر بقدرها »** كما تقيد بالزمن عملاً بقاعدة « ما جاز لعذر بطل بزواله » وقاعدة **« إذا زال المانع عاد الممنوع »** .

وقد ذكر الدكتور عبد الرازق السنهوري في مقال له : « لا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الألماني كوهلر ، والاستاذ الإيطالي دليفيشيوا ، والعميد الاميركي ويكمور ، وكثيرين غيرهم ، ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم ... إلى أن قال » ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما أقرته : ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات ومبادىء ، لا تقل في الرقي والشمول ، وفي وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث[1] .

وبعد فهذه نبذة يسيرة من خصائص الفقه الإسلامي تجعلنا نقول في غير

---

١ ـ نشر هذا المقال في مجلة القضاء العراقية في العدد الأول من السنة الثانية مارس سنة ١٩٣٦ كما نشرته مجلة نقابة المحامين بدمشق ضمن بحث عن صلاح الشريعة الاسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني في العددين السادس والسابع من المجلة المذكورة .

تعصب : إن الشريعة الإسلامية لا يدانيها قانون آخر ، وأن العمل بها خير ضمان لسعادة البشرية ، وقضاء على المبادىء الهدامة ، والأفكار السامة ، التي من شأنها أن تقوض المجتمع .

الفصل الثالث

المبادىء الأساسية في التشريع الإسلامي

امتاز التشريع الإسلامي على غيره من الشرائع بأنه أصلح المجتمع البشري ، ووضع القواعد للحقوق الإنسانية[1] ، فقد أقرها إقراراً صريحاً ، ونادى بالمساواة بين الناس ، وأيد الحريات العامة بأنواعها ، وثبتها بنصوص صريحة .

وقد تطورت هذه الحقوق الأساسية ، وتدرجت تدرجاً تاريخياً في مراحل متتابعة فبعد أن كانت غامضة في المجتمعات الفطرية القديمة ، وكانت مطوية منسية في تلك الأيام الغابرة المظلمة ، بدأت في الظهور رويداً رويداً ، وشيئاً فشيئاً . ففي أول أمرها كان العرف هو المعتمد الأصيل لها ، والمحافظ عليها ، كما نرى مثلاً عند العرب قبيل الإسلام ، إذ بدأوا يتحسسون بالإشعاع الذي كانوا يقتربون منه ، ثم بعد ذلك كانت مرحلة التثبيت والتوضيح في نصوص مدونة وما شاكل

---

١ ـ هذه الحقوق كانت ميداناً لاهتمام محسوس ، ولتطور ملموس في غضون التاريخ العام ، فقد تطرق الفلاسفة لها من قديم ، وتعرض المحدثون من مشرقيين ومغربيين من مسلمين وغير مسلمين ، كما تعرض لها رجال السياسة ، وقام بعضهم بثورات هادئة وصاخبة للمناداة بهذه الحقوق ، وللمطالبة بها ، وكذلك تكلم عن هذه الحقوق من يجب عليهم أن يتكلموا عنها قبل غيرهم ، ألا وهم رجال القانون والفقه في الماضي والحاضر فمعلوم أن القانون يدور في محتوياته على موضوع الحقوق والواجبات ، الحقوق التي تكون للأفراد ، والواجبات التي تكون على الأفراد تجاه إخوانهم أو تجاه المجتمع .

ذلك عندما جاء الإسلام ، ثم تلا هـــذه المرحلة مرحلة أخرى دستورية ، فأخذ الناس ينظرون إليها نظرة خاصة ، بالنسبة إلى غيرها من الحقوق ، ثم أدخلوها في نصوص القانون الاساسي ، أي ما يسمي بالدستور ، لأجل تقوية ضمان احترامها .

فهاتان المرحلتان الأخيرتان « القانونية والدستورية » أدمجتا بمرحلة واحدة في الشريعة الإسلامية ، لأن الشريعة الإسلامية كانت دستوراً وقانوناً في آن واحد[1].

فكان موقف الشرع الإسلامي من هذه الحقوق الإقرار الصريح بها ، فنادى بالمساواة بين الناس ، وأيد الحريات العامة بأنواعها المختلفة ، ومـع ذلك نادى بالدعوة إلى توحيد الله – ونفي الواسطة بين العبد وربه ، ودعا إلى الاعتدال في في كل شيء ، وأقر مبدأ الشورى ، والعدالة الاجتماعية ، وأرسى مبدأ التعاون، والتسامح والتضامن الاجتماعي ، ونشرح ذلك كله ، ليزيد الأمر اتضاحاً .

أولا : الدعوة الى التوحيد

ففي سبيل جمع الناس على عقيدة واحدة ، دعاهم إلى توحيد الله بالعبادة ، وطلب منهم الاتجاه في الصلاة إلى جهة وقبلة واحـــدة ، هي البيت الحرام وأن يقفوا في الصلاة صفوفاً متراصة ، وأن يعتصموا بحبل الله جميعاً ، ولا يتفرقوا ، ودعا المخالفين إلى عبادة الله فقال سبحانه « قُـــلْ يَا أَهْلَ الكِتَابِ تَعَالَوْا إلى كَلمةٍ سَوَاءٍ بينَنَا وَبينَكُمْ ألاَّ نعبُدَ إلاَّ الله

---

١ ـ واخيراً في العصر الحديث وجد أن هذه الحقوق كثيراً ما تذكر ولا تطبق ، فثبتتهـــا بمؤتمرات ومعاهدات ووثائق دولية تعهدت فيها الدول الموقعة جمعاء بأن ترعاها ، وتؤمن حمايتها، على اعتبار انها تمثل الحد الأدنى من حقوق الانسان واسميت بحقوق الانسان الأساسية .

وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً ، وَلاَ يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِنْ دونِ اللهِ ، فإنْ تَوَلَّوا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأنَّا مُسْلِمُون » . (آل عمران—٦٤)
كما أوضح أن الآخرة دار الجزاء والحساب على ما يفعل المرء في هذه الدنيا ، وأن الإنسان لا يحاسب إلا عن عمله ، فلا يحمل وزر عمل غيره ، مهما كانت منزلة ذلك الغير ، ومهما تعهد لذلك الغير بهذا فقال تعالى : « وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلاّ عَلَيها ، وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إلى رَبكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بمَا كُنْتُم فِيهِ تَخْتَلِفُون » (الانعام ١٦٤) وقال : واتَّقُوا يَوْماً تُرْجَعُونَ فيهِ إلى اللهِ ، ثُمَّ تُوفَّي كُلُّ نفسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لا يُظْلَمُونْ » (البقرة — ٢٨١) وقال « وَلا تَزِرُ وازِرةٌ وِزْرَ أُخْرَى ، وإنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إلى حِمْلِها لاَ يُحمَلْ مِنْه شَيءٌ وَلَوْ كانَ ذَا قُرْبَى » فاطر — ١٨) وقال : « وَنَضَعُ المَوَازِينَ القِسْطَ لِيَومِ القِيَامَةِ فَلاَ تُظْلَمُ نَفسٌ شَيْئاً » (الأنبياء — ٤٧) .

ثانياً : لا واسطة بين العبد وربه

فقد جعل الإسلام اتصال العبد بخالقه مباشراً ، لكي يبطل فكرة الوساطة بين الإنسان وربه ، فقال تعالى « وَإذَا سَألَكَ عِبادِي عنِّي فَإنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إذا دَعَانِ » (البقرة — ١٨٦) وقال : « وَهُوَ الذّي يَقْبَلُ التَّوبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السّيئَاتِ » (الشورى — ٢٥) وقال « وَقَالَ رَبّكُمْ ادعُوني اسْتَجِبْ لَكُمْ » .

ثالثاً : الدعوة إلى الاعتدال في كل شيء

فقد طلبت الشريعة الإسلامية من الناس أن يلتزموا حدود الاعتدال ، دون تفريط ولا إفراط ، ونهت عن الإسراف والتقتير فقال سبحانه : « وكُلُوا وأشْرَبُوا وَلا تُسْرِفُوا إنّه لا يُحبُّ المُسْرفينْ » (الأعراف — ٣١) وقال

«وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لا يُحِبُّ المُسْرِفِينَ» (الانعام ـ ١٤١) كما قال « وَلا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إلى عُنقِكَ وَلا تبْسُطْهَا كلَّ البَسْطِ فتَقعُدَ مَلوُماً مَحْسوراً » (الاسراء ـ ٢٩) ونهت كذلك عن العدوان فقال تعالى « وَلا تعْتَدوُا إنَّ الله لا يُحِبُّ المُعْتَدِينَ » (البقرة ـ ١٩٠) .

رابعا : تقرير مبدأ الشورى

فقد شاءت حكمة الله العليم ، وقاية للأمة من أخطاء تكون مفتاحاً لكثير من الشر والفساد : أن يشرع لهم نظام « الشورى » . وجعل له أهمية كبيرة لما يترتب عليه من أثر خطير ،ولهذا نجد الله سبحانه يثنى على عبـاده المؤمنين الذين اتخذوا الشورى قاعدة لهم ، وقانونا في أمورهم ، وفي ذلك يقول الله تعالى « وَالذَّين استَجابوُا لرَبِهِمْ وَأقامُوا الصَّلاةَ وأمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهمُ وممَّا رَزَقنَاهُمْ يُنْفِقُونُ » (الشورى ـ ٣٨) .

وفي قرن الله سبحانه الشورى بالصلاة والصدقة أو الزكاة في هذه الآية دليل على أهمية هذا المبدأ ، وخطورة أمره ، ووجوب رعايته ؛ وبخاصة في شئون الحكم ، وتدبير شئون الأمة وإدارتها ، فإن الاستبداد ليس من شأن المؤمنين .

وقد عرف التاريخ استشارة الرسول صلى الله عليه وسلم نفسه لأصحابه في كثير من الشئون والأحوال،وهو بطبيعة الحال كان غنياً عنها،لأنه ما كان ينطق عن الهوى،ولا يتصرف في شأن من شئون الأمة إلا بوحي من الله العلي الحكيم،وفي بعض آيات القرآن نجد أن الله سبحانه يأمر رسوله أن يشاور أمته في الأمور العامة التي لها قدرها في شأن الأمـة ومستقبلها فقال سبحانه : « فاعْفُ عَنْهُمْ واستَغْفِرْ لهَمُ وَشَاورهِمُ في الأمْرِ فإذَا عَزَمتَ فتَوكلْ علىَ الله

إن الله يحب المتوكلين[1] » (آل عمران ـ ١٥٩) .

خامساً : تقرير مبدأ المساواة

فمن بداية دعوة الاسلام اعتبر الناس متساوين في نظره، لا يفرق بينهم عرق ولا جنس ولا لون ولا نسب ، وجعلهم اخواناً متحدين في قلوبهم ، بعد أن كانوا متفرقين متعادين ، فقال تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا ، واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً (آل عمران ـ ١٠٣) وقد جعل الإسلام جميع الناس متساوين في الحقوق والواجبات ، لا امتياز لأحد على أحد في الخضوع لأحكامه، وتوجه الخطاب إليهم . قال تعالى « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » (الحجرات ـ ١٣) . وجاء بنفس المعنى كثير من الأحاديث الشريفة ، منها قوله عليه السلام : كلكم بنو آدم ، وآدم خلق من تراب ، لينتهين قوم يفتخرون بآبائهم » وقال : « أنا أخو كل تقي ولو كان عبداً حبشياً ، وبريء ، من كل شقي ولو كان شريفاً قرشياً» وقال « الناس سواسية كأسنان المشط ».

وكان من نتائج تعظيم القرآن للمساواة والعدل ، وجعلها دعامة من دعائم

١ـ نزلت هذه الآية في غزوة أحد وكان الرسول يرى ـ لما علم بقدوم المشركين لحرب المؤمنين ليثأروا لقتلاهم في معركة بدر ـ أن يظل المؤمنون في المدينة مدافعين ،ورأى بعض الصحابة ممن كانوا قد فاتهم شرف الجهاد يوم بدر، الخروج للقاء الأعداء خارج المدينة،وقالوا يا رسول الله أخرج بنا إلى عدونا،فلبس درعه وسلاحه وعزم على الخروج،وكذلك كان،وكانت النتيجة عدم انتصار المؤمنين ولكن الله أمر مع ذلك بالعفو عمن أشار عليه بالخروج،وبالاستغفار لهم فإنهم ما كانوا يريدون إلا الخير ،وطلب منه ألا يقطع استشارة أولى الرأي من أصحابه، فإن هذا أعطف لهم وأطيب لنفوسهم .

الحكم الصالح . أن ضربت أمة القرآن في ذلك أروع الأمثال : فهـذا عمر بن الخطاب فيما يختص بقسمة ما كان يأتيه من المال بين الناس يقول : ما بين الناس أحد إلا له في هذا المال حق ، وما أحد بأحق به من أحد ،وما أنا إلا أحدهم، ولكنا على منازلنا من كتاب الله ، وقسمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالرجل وبلاؤه في الاسلام والرجل وقدمه في الاسلام ، والرجـل وغناؤه في الإسلام ، والرجل وحاجته ، والله لئن بقيت ليأتين الراعي بجبل صنعاء حظه من هذا المال وهو مكانه .

وكان عمر يأمر عماله أن يوافوه في الموسم ، فإذا اجتمعوا تكلم فيهم بمـا يذكرهم بالتزام العدل في كل أمورهم ، وكان من كلامه مرة في هذا أن ذكر : أنه لم يستعمل الولاة ليؤذوا الناس في أجسامهم وأنفسهم وأموالهـم ، ولكن ليعلموهم كتاب الله وسنة رسوله ،وليعدلوا بينهم ، ثم طالب أن يرفع إليه ما يكون من ظلم من أحد الولاة ، وذلك ليقتص منه ، فقـال عمرو بن العاص : يا أمير المؤمنين أرأيت إن أدّب أمير رجلاً من رعيته ، أتقصُّه منـه ؟ فقال عمر : ومالي لا أقصُّه منه وقـد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه .

وحين بلغه أن عمرو بن العاص والي مصر يتكىء في مجلسه كتب إليه قائلاً: بلغني أنك تتكىء في مجلسك ، فإذا جلست فكن كسائر الناس » – كما اقتص من ابن لعمرو بن العاص وقد ضرب بغير حق رجلاً ضعيفاً من أقباط مصر ، ثم قال عمر : يا عمرو متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً .

كما روى أن يهودياً خاصم علي بن أبي طالب إلى أمير المؤمنين عمر ، فنادى عمر علياً بقوله « قف يا أبا الحسن » فبدأ الغضب على عـليّ ، فقال لـه عمر : أكرهت أن نسوي بينك وبين خصمك في مجلس القضاء ؟ » فقال عـلي : لا ،

ولكني كرهت منك أن عظمتني في الخطاب فناديتني بكنيتي ، ولم تصنع مع خصمي ما صنعت معي .

سادساً : تقرير مبدأ التعاون والعدالة الاجتماعية

فقد دعا الاسلام إلى الترابط والتعاون فقال سبحانه« وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَقْوى وَلا تَعَاوَنُوا على الإثْم والعُدْوانِ » (المائدة ـ ٢) والمراد بالبر والتقوى جميع وجوه الخير في الدنيا والآخرة ، والمراد بالإثم والعدوان جميع أنواع الشر في الدنيا والآخرة ، وقد ارتفع الاسلام بالتعاون إلى أعلى درجاته فأوصى بالإيثار والبذل قال تعالى « وَيُؤْثِرُون عَلَى أَنْفِسِهِمْ وَلو كَانَ بِهِمْ خَصَاصَة وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فأولئكَ هُمْ المُفْلِحُون » (الحشر ـ ٩ » .

وقد عنى الإسلام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فقال سبحانه « وَلْتَكُنْ مِنكُمْ أمةٌ يَدْعُونَ إلى الخَيْرِ وَيَأْمُرُون بالمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ المُنكَرِ وأولئكَ هُمُ المُفْلِحُونْ (آل عمران ـ ١٠٤)

ومجّد الأمة المحمدية ووصفها بالخير لذلك فقال تعالى « كُنْتُمْ خَيرَ أمةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاس تَأْمُرُونَ بالمَعْرُوفِ وَتَنْهون عَن المُنكر » (آل عمران ـ ١١٠)

كما وضع الشرع مبدأ التكافل الاجتماعي أساساً لكثير من الأحكام ، وبني ذلك على الأخوة الإنسانية ، والتضامن الاجتماعي بين الناس ، ففرض نفقه الأقارب كوسيلة للمساعدة المتبادلة بين الفقراء والأغنياء من العائلة الواحدة ، وأوجب نفقة الشيخ الزَّمن الكبير في بيت المال إذا كان مريضاً ، ولا يوجد من ينفق عليه من أقاربه المكلفين ، كما فرض الاسلام الزكاة كركن من أركانه ، والزكاة

وإن كانت تكليفاً تعَبُّدِيّاً، وركناً من أركان الاسلام إلا أنها في الوقت نفسه واجب شرعي يتعلق به حق العباد، ودليل ذلك الآية الكريمة « وفي أموالهم حق لِلسَّائِلِ والمحرُومُ » (الذاريات - ١٩) فهي ليست عملاً إحسانياً اختيارياً، بل هي حق للفقراء يقابله فرض واجب على الأغنياء .

وفوق ذلك، فقد كان بين الفقهاء من توسع في هذه العدالة، فأوجب على الدولة عند عدم كفاية الزكاة أن تفرض على الأغنياء ما يفي بحاجة الفقراء [١] .

ولا شك أن هذا قول عادل . يتفق مع روح الشريعة الإسلامية ونصوصها، التي تضع مصلحة الجماعة فوق مصلحة الفرد، والتي تأمر بالعدل والاحسان بآن واحد، وفي اقترانهما دلالة على الأثر الخطير المترتب عليهما، وعلى ما لتعاليم الدين الروحية وقواعد الأخلاق الحميدة من أهمية عظمى

ولم تكن الزكاة هي الحد الأعلى للتصدق، بل إن الاسلام طلب التصدق على المحتاجين بالقدر الذي يسد حاجتهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بالقدر الذي يسع فقراءهم، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع اغنياؤهم ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً أليماً » كما قال صلى الله عليه وسلم : أي رجل مات ضياعاً بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله ، وقال « ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به ، وقد كفلت الدولة الأسلامية في الصدر الأول جميع الناس بالعطاء الذي يكفيهم، فكان عمر في خلافته يفرض للأشخاص

---

١ - هذا ما قال به الامام علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال به جمهور الفقهاء ، وقال بعضهم كابن حزم الاندلسي أنه يجوز للجوعان أن يقاتل الغني اذا منع عنه المال والطعام ولكن هذا قول شاذ لم يقل به باقي الفقهاء .

حقا في بيت المال ، حتى إذا دون الدواوين نظم العطاء ، فجعل لكل شخص عطاء من حين فطامه ، فلما وَجَد أن الناس تعجلوا فطام أولادهم ليثبت لهم العطاء رجع عن ذلك ، وجعله من حين الولادة ، وقال : أيها الناس لا تعجلوا فطام أطفالكم فإنا نفرض لهم بمجرد ولادتهم » .

وقد شمل عطاءه غير المسلمين والعجزة من أهل الكتاب الذين هم في ذمة المسلمين ، فقد رأى عمر رجلا كبيراً ضريراً من اليهود، ويسأل الناس ،فقال له : ما حملك على ذلك قال الحاجة إلى دفع الجزية ، وحاجة العيال ، فقال : ما أنصفناه أكلنا شبيبته ، وضيعناه عند الهرم ، ثم أمر برفع الجزية عنه ، وفي رواية أنه كتب إلى خازن بيت المال : إنما الصدقات للفقراء والمساكين، وهذا من مساكين أهل الكتاب ، ثم وضع عنه وعن ضربائه الجزية .

وكذلك مَرَّ عمر بن الخطاب في طريقه إلى الشام براهب نصراني مريض بالجذام ، فأمر بإعطائه من بيت المال ما يكفي حاجته على الدوام .

سابعاً : تقرير مبدأ التسامح

فقد دعا الإسلام إلى التسامح حتى مع المخالفين في الدين [1] ، قال تعالى :

---

١ - المخالفون في الدين ثلاثة أقسام : معاهدون أو ذميون، ومستأمنون ، وحربيون :

فالمعاهدون والذميون هم الذين يربطهم بالمسلمين عهد على أن يعيشوا في ظل الاسلام يحميهم المسلمون، أو يكونوا في ضمن رعايا الدولة الاسلامية ، لهم ما للمسلمين . وعليهم ما على المسلمين وهؤلاء لهم ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام : من آذى ذمياً فليس منا .

والمستأمنون هم الذين يمرون تجاراً أو غير تجار بالبلاد الاسلامية ، وهؤلاء في رعاية الاسلام يحميهم ويحمي اموالهم حتى يبلغوا مأمنهم ، ويعودوا إلى بلادهم .

والحربيون هم الذين لا تربطهم مع المسلمين معاهدة ولا أمان، وهؤلاء لم ينكر عليهم الاسلام=

لا يَنهاكمُ الله عن الذين لمْ يُقاتِلوكم في الدين، ولمْ يُخرجُوكمْ مِن دياركمْ أن تبرُّوهم وتُقسطوا إليهمْ إن الله يُحبُّ المُقسِطينْ» (الممتحنه-٨) كامنعت الشريعة الاعتداء على المدنيين المسالمين، ولو لم يكونوا مسلمين، ودعا الاسلام إلى الدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة فقال سبحانه: «أدعُ إلى سَبيلِ ربِّكَ بالحكمةِ والموْعظة الحسَنةِ وجادلهْم بالتي هي أحسنْ» (النحل - ١٢٥) وصور عباد الله المقبولين في قوله تعالى «وعَبادُ الرّحمنِ الذّين يَمْشون علىَ الأرض هوْناً، وإذا خاطبَهمْ الجاهلونْ قالوُا سلاماً» (الفرقان - ٦٣) وقد روى أن علي بن أبي طالب وهو خليفة المسلمين بعث ابن عباس للخوارج الذين خرجوا عليه، فناظرهم، فرجع إلى صفوفه منهم أربعة آلاف، وأصر مثلهم على عدم الرجوع، فأرسل إليهم يقول: كونوا حيث شئتم، وبيننا وبينكم ألا تسفكوا دماً حراماً، ولا تظلموا أحداً، فإن فعلتم نبذت إليكم الحرب» وقال لهم مرة أخرى: لا نبدأ بقتال ما لم تحدثوا فساداً، وقد أسقط الإسلام الجزية عن الذمى إذا مات قبل أن يؤديها، فلا تستوفى من تركته كما يستوفى منها الدين، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ظلم معاهداً أو كلفه فوق طاقته فأنا حجيجه يوم القيامة».

كما طلب من المسلمين أن يعتدوا على من اعتدى عليهم، ويعاملوهم بمثل عدوانهم، لكن مع ملاحظة الفضيله الإنسانية، والكرامة الآدمية، فإن انتهك العدو مبادىء الاخلاق فقد طلب الاسلام ألا ينتهكها المسلمون، فلو أجاع غير المسلمين أسرى المسلمين لا نجيع أسراه، ووجد علي كرم الله وجهه درعه عند رجل مسيحي فجاء به إلى شريح القاضي وقال إنها درعي، ولم أبعها ولم أهبها

= العلاقة الانسانية، وعاملهم بالحسنى فنهى عن التمثيل بالقتلى، ولو كانوا يمثلون بقتلى المسلمين، وأوصى باكرام الأسير فقال تعالى «ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً» كما أوصى برعاية الأرقاء ولو كانوا مجوساً احتراماً لمعنى أدميتهم وانسانيتهم.

أحداً ، فسأل شريح ذلك الرجل المسيحي : ما تقول فيما يقول أمير المؤمنين؟ قال المسيحي : ما الدرع إلا درعي ، وما أمير المؤمنين عندي بكاذب فالتفت شريح الى علي يسأله : يا أمير المؤمنين هل من بينة ؟ فضحك علي ورأى أن القضية تافهة ، فاستغنى عن درعه ، وقال أصاب شريح ما عندي بينة .فما كان من شريح القاضي إلا أن أمر بالدرع للمسيحي الذي ادعاها ملكاً له بحضور أمير المؤمنين علي، إلا أن الرجل لم يكد يأخذ الدرع ويمشي خطوات حتى عاد يقول : أما انا فأشهد أن هذه أحكام انبياء : أمير المؤمنين يدينني إلى قاضيه فيقضي عليه ، اشهد ان لا إله إلا الله ، واشهد أن محمداً عبده ورسوله ، الدرع درعك يا أمير المؤمنين ، اتبعت الجيش وأنت منطلق من صفين فخرجت من بعيرك الأورق فأخذتها ، فقال علي :أما إذا اسلمت فالدرع لك [1] .

ثامناً : تقرير مبدأ الحريات بأنواعها المختلفة

فقد ثبّت الاسلام الحرية بأنواعها المتعددة ، وأقرها جميعاً . فأقر حرية الفكر والعقيدة ، وحرية الرأي ، حرية التعلم ، والحرية الشخصية ، وحرية التملك .

أما **حرية العقيدة والفكر** : فتتجلى في أن الاسلام لم يبن على الإكراه، ولم يفرض سيطرة على الناس لاعتناقه،بل ترك للناس حرية اختيار الدين الذي يرتضونه، فكان خالياً من الإكراه ، انما بنى دعوته على الدفاع ، مبيناً أن الإيمان لا يتم ولا يصح أن يسمى إيماناً إلا إذا صدر عن عقيدة صافية ، قال تعالى :« لا إكراه في الدِّين قد تَبينَ الرُّشد من الغَيِّ » (البقرة ــ ٢٥٦) وقال جل شأنه : وَقُلِ الحقُّ منْ رَبكُمْ فمنْ شاء فليؤْمِنْ ومَنْ شاء فليكفرْ (الكهف ــ ٢٩) وقال « لكم دينكم ولي دين » (الكافرون ــ ٦) .

---

١ - السلام العالمي والاسلام ص ٩٩ .

ومن هذه الحرية التي كفلها الاسلام ما سمح به لأهل الكتاب من بناء كنائسهم ومعابدهم وإقامة شعائرهم ، ومن فروع هذه الحرية ما أقره جمهور الفقهاء من أنه يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية « يهودية أو نصرانية » مع بقائها على عقيدتها ، وأن تذهب إلى كنيستها دون أن يتعرض الزوج لمنعها من ذلك .

واما حرية الرأي :

فهي حرية مكملة لسابقتها ، والفرق بينها وبين حرية الفكر والعقيدة أن الثانية باطنية ، تتصل بالقلب وبالسريرة الداخلية ، أما حرية الرأي فهي ظاهرية تكون بإخراج ما في الفكر ، واطلاع الغير عليه ، وذلك بإبداء الرأي بالكلام او الكتابة ، أو الإذاعة ، او الطباعة ، او التصوير ، او ما شاكل ذلك من طرق نشر الفكر والعقيدة ،وبإخراجها من الباطن إلى الظاهر . وقد قرر الإسلام تلك الحرية ، ودعا الناس إلى اعمال عقولهم ، وعدم إهمالها ، وأوجب الاجتهاد على من حاز شروطه وصفاته ، وأوضح أن التقليد الأعمى محرم ، لما فيه من حجر على حرية الرأي ،كما أوجب القرآن الكريم الاعتبار والنظر ،فقال عليه السلام« اجتهدوا فكل ميسر لما خلق له » وقال : «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله أجر » ، كذلك طلب الاسلام من الناس تكوين شخصيتهم والعمل على استقلالها ،فقال عليه السلام: «لا يكن أحدكم إمعة يقول أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت ، وان أساءوا أسأت ، ولكن وطّنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساءوا تجتنبوا» .

وهذا أبو بكر الصديق حين اختار عمر بن الخطاب خليفة للمسلمين بعد مشاورة أصحاب الرأي من الصحابة ،دخل عليه أحد المعارضين قائلا :ما أنت

بقائل لربك إذا سألك عن استخلاف عمر علينا ، وقد ترى غلظته ، وهو إذا وَلِيَ كان أفظ وأغلظ، فرد عليه أبو بكر قائلاً : أبا لله تخوفني ؟ خاف من تزود من أمركم بظلم ، أقول : اللهم إني استخلفت على أهلك خير أهلك » .

وهذا عمر بن الخطاب يرد عليه رجل حين قال في إحدى خطبه : « أيها الناس من رأى منكم فيّ اعوجاجاً فليقومه » فقال له الرجل : والله لو رأينا فيك اعوجاجاً لقومناك بسيوفنا ، فأجابه عمر بقوله : الحمد لله الذي جعل في المسلمين من يقوّم اعوجاج عمر بسيفه ، كما أن امرأة قالت له عنه ما قال على المنبر : أيها الناس لا تغالوا في مهور النساء ، قالت المرأة : أيعطينا الله وتحرمنا ياعمر . فقال عمر : أصابت امرأة واخطأ عمر .

وكذلك علي بن أبي طالب نقل عنه أنه رضي بتفويت الخلافة في سبيل حرية الرأي ، فإن عمر جعلها من بعده في ستة [1] من كبار أصحاب النبي ليختاروا واحداً من بينهم ، وعند اجتماعهم وتشاورهم خلع كل نفسه وعهد إلى الآخر باختيار الخليفة ، وانتهى الأمر إلى عبد الرحمن بن عوف ، فنادى علياً فبايعه خليفة للمسلمين على أن يعمل بكتاب الله وسنة واجتهاد الشيخين أبي بكر وعمر ، فرفض عليٌّ ذلك إلا أن يكون عمله بكتاب الله وسنة رسوله ويجتهد رأيه ، فنادى عبد الرحمن بن عوف عثمان بن عفان . فقبل العهد الذي رفضه علي ، فأعلن سنة ٢٤ تولية عثمان[1].

---

١ - هم علي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله، والزبير بن العوام، وسعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن عوف .

٢ - ساء ذلك الاختيار بنو هاشم ولم يملكوا أنفسهم من ابداء امتعاضهم لتحامل القوم عليهم وحين وجد علي نفسه على أبواب احداث انشقاق بين المسلمين بايع عثمان مضطراً كما بايع الشيخين من قبل .

حرية التعليم :

لم يؤيدها الإسلام فحسب بل أوجبها ، وألزم بها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة » وقال : « العلماء ورثة الأنبياء » وقد وضع الله العلماء موضعاً كبيراً ، ورفع قدرهم فقال تعالى : يَرْفَعُ اللهُ الذينَ آمَنُوا منكم والذينَ أوتوا العِلمَ دَرَجَاتٍ » ، وفرق بين العالم والجاهل فقال سبحانه : « قُلْ هَلْ يَسْتَوي الَّذين يَعلَمونَ والذّين لا يَعْلَمُون » .

ومما كفله الإسلام أيضاً **الحرية الشخصية** ؛ فقد أقر الكرامة الإنسانية وأثبتها كمبدأ اساسي ، كما تنطق بذلك الآية الكريمة « وَلَقَدْ كَرَّمنَا بَني آدَمَ » كما أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصحابته من بعده . من ذلك القول المأثور الذي وجهه عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى واليه عمرو بن العاص : **يا عمرو** « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً » نعم ولدتهم أمهاتهم أحراراً ، فهم أحرار بالولادة وبالفطرة .

ومن آثار الكرامة الإنسانية والحرية الشخصية ما أقرته الشريعة الإسلامية من منع معاقبة الجاني بغير العقوبات المعينة شرعاً ، وتحريم حبس أحد أو معاملته بأية معاملة زجرية أو عنيفة ، من دون محاكمة وتجريم بحكم قضائي حسب الأصول والشروط الشرعية ، وهذا ما يعبر عنه قانوناً « لا عقاب بدون محاكمة » .

ومن ذلك أيضاً تحريم الإسلام استرقاق الحر دون سبب مشروع ، وقاوم الرق مقاومة عنيفة ، وضَيَّق منافذه ومصادره ، فألزم المسلمين بالعتق ، وحبب فيه كما يشير إلى ذلك قوله عليه السلام « أوصاني حبيبي جبريل بالرفق بالرقيق ، حتى ظننت أنه سيضرب له أجلاً يخرج فيه حراً »[1].

---

١ – أول من سخر الشعوب المغلوبة ، واستعبد الأسرى ، واسترق الأحرار هم الرومان ،=

وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة يأمر بلال بن رباح العبد الحبشي الأسود بالأذان على ظهر الكعبة ، فاستنكر سادة قريش ذلك وقالوا : أعبد حبشي يعلو ظهر الكعبة بحضورنا ؟ فينزل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ » (الحجرات ـ ١٣) فهذه الآية وضعت الميزان الصحيح للأشخاص ، والقيم ، وهدمت قواعد الكبرياء ، وحطمت فوارق الطبقات ، وعلى هذا الأساس جعل النبي الخادم أخا لسيده او ابنا ، وجعل الخادمة أختاً لسيدها أو ابنة ، فأوصى وصيته المشهورة « إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت إيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يطعم ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم من الأعمال ما لا يطيقون ، فإن كلفتموهم فأعينوهم ، ولا يقولن أحدكم : عبدي ولا أمتي ، ولكن ليقل فتاي وفتاتي »[1].

ومن الحريات التي أقرها الأسلام حرية التملك او حرية الملكية الفردية .

فقد كان العرب والأمم القديمة يجيزون الغزو والأسر والنهب ، فلما جاء الإسلام حرم ذلك ، وكل أنواع التعدى على ملك الغير . وجعل لأخذ مال الغير أو للتصرف في ملك الآخر سبباً شرعياً يبرره ، وإلا كان الأخذ أو التصرف

=ونجد خطباءهم وعلماءهم المشاهير اماثل شيشرون وسبنيك لا يكتفون باقرار الرق ، بل يتفننون في تسويغ صوره المتعددة ، ومضى على ذلك اليونان ايضاً فلم يفكر فلاسفتهم افلاطون وارسطو وغيرهما في إلغاء الرق ولا تخفيفه ، وكان طبيعياً أن تمضي على ذلك الامبراطورية البيزنطية ، أما الفرس فكانت معاملتهم للرقيق خالية من كل معنى إنساني ، ولم يكن حال الرقيق أحسن من ذلك عند المصريين والبابليين والبراهمة ، أما العرب فعرفوا من الرق صوراً والواناً ، نقلوا معظمه عن غيرهم وابتدعوا في بعضه وتفننوا فيه ، وكانوا يبيحون استرقاق العربي للعربي ، وحرموا جميع الأرقاء من حرية التعرف ومن الحقوق المدنية جميعاً (النظم الاسلامية للدكتور صبحي الصالح ص ٢٦٦ ،

١ ـ انظر سيره ابن هشام (على هامش الروض الأنف للسهيلي) ص ٧٨ .

باطلاً ومحرماً ، وعلى هذا بني الفقهاء القاعدتين الآتيتين : الأولى « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» والثانية : «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه ، أو بلا ولاية عليه » .

لكن حق الملك ليس مطلقاً بل هو مقيد بمقاصده الشرعية التي بني عليها ، ومن ثم لا يجوز أن ينقلب الحق إلى نتيجة معكوسة لهذه المقاصد . وأهم هذه القيود ، مراعاة حق الغير ، وعدم التعسف في استعمال الحق ، والمصلحة العامة ، والعدالة الاجتماعية . وبمقتضى هذه القيود : ليس للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء إذا تعلق به حق الغير ، ومثاله : إذا كان لأحد حق المرور على أرض جاره ، فإنه ليس للجار أن يبني في أرضه ما يمنع أو يعطل هذا الحق ـ كما أنه يجوز فرض الضرائب لحاجات الدولة الضرورية ، وشراء الملك جبراً لأجل المصلحة العامة ، كما أمر الشرع بعمل البر والإحسان ، ووضع مبدأ الأخوة الإنسانية والتضامن الاجتماعي ، ومنع استعمال الحق إذا نتج عنه ضرر فاحش للغير ، فلم يجيزوا لصاحب الملك أن يبني جداراً كبيراً يسد به عن جاره النور والهواء .

ومن الحريات التي أقرها الاسلام حرية التعاقد :

فقد جعل الإسلام مبني العقد على النية والقصد ، يتوقف على حرية المتعاقدين ، فلهما اشتراط ما يشاءان ، وهذا ما يسمى في اصطلاح رجال القانون اليوم «مبدأ حرية التعاقد » ، وقد أثبت الشرع الإسلامي هذا المبدأ بصورة واضحة ، ووضع له القاعدة « أن الأصل في الأمور الإباحة والصحة ما لم يرد دليل التحريم أو البطلان » ـــ وقد أوضح ذلك ابن القيم بقوله : « إن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه ، وهذا قول صحيح ، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله ، ولا تأثيم إلا ما أثّم الله ورسوله به فاعله ، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ، ولا

حرام إلا ما حرمه الله ، ولا دين إلا ما شرعه الله[1] .

هذا ومن الأمور الظاهرة في تاريخ الشرائع : أن النية لم تكن بارزة كثيراً في الزمن القديم ، بل كانت العبرة في العقود للشكل والمبنى واللفظ[2] ، ثم تطورت العقود في العصر الروماني الأخير من شكلية إلى بسيطة ، وذلك في العقود العينية كالقرض والإعارة وما أشبه ، ثم في العقود الرضائية كالبيع والإجارة وما شاكل ذلك من العقود المبنية على الرضا والنية ، ولكن مبدأ العقد الرضائي قد أصبح اليوم القاعدة في جميع الشرائع الراقية ، باستثناء بعض العقود المهمة التي لا تزال إلى اليوم تستوجب شكلاً معيناً ، كما في بيع العقار الذي يستلزم التسجيل العقاري .

---

١ – راجع اعلام الموقعين لابن القيم .

٢ ـ ومن الأدلة على ذلك ما عرف في تاريخ الرومان الأقدمين من عقود شكلية ، كعقد القرض المسمى نكسوم ، أو عقد المشارطه الشفهي ، أو العقد الخطي ، فهذه كلها كانت لا تنعقد ، ولا تعد صحيحة الا اذا اكتست شكلاً معيناً ، بحيث لم تكن العبرة دائماً للنية والرضى بل كانت للألفاظ أو الحركات أو سائر المراسيم الشكلية ، وبعبارة أخرى كانت العبرة في الدرجة الأولى للشكل الإلزامي ، وكانت النية تأتي في الدرجة الثانية ، ولكن عندما كثرت المعاملات وتعددت العقود بازدهار التجارة والمبادلات الاقتصادية لم يعد من الممكن اجراؤها على هاتة الصورة ، لذلك منذ بداية التاريخ الروماني أخذ الرومان تدريجياً يخلعون لباس الشكل والتعقيد من عقودهم واخذت النية تدريجياً تقوم مقام الشكل .



الفصل الخامس

علاقة الشريعة الإسلامية بالشريعة الرومانية

إن البحث في موضوع علاقة الشرع الإسلامي بالقانون الروماني يحتاج إلى دقة وتمحيص ، فقد تعرض لتلك المسألة كثير من الباحثين قديماً وحديثاً ، وكتب عنها كبار المستشرقين[1] وكان الموضوع الذي أثاروه : هل تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني الذي التقى به في كثير من البلاد التي فتحها الإسلام ، وبخاصة الشام والعراق ؟ وبناء على ذلك فكثير من الأحكام الفقهية بنيت على الأعراف التي كانت لهذه البلاد ؟

أم كان هناك تأثير وتأثر لذلك ، ولأنه يوجد تشابه بين بعض القواعد القانونية الرومانية ، وبين بعض القواعد الفقهية الإسلامية ، وبخاصة ان القانون الروماني كان أسبق زمناً من الفقه الإسلامي ، فإذا كان هناك تأثر فيكون الروماني قد أثر في الإسلامي .

وسنعرض أولاً لقول رجال الغرب القائلين بالتأثر ، وما يستندون إليه من أدلة ، ثم نناقش هذه الأدلة لنتبين مدى صحتها أو ضعفها ، ثم بعد هذا نعرض الرأي المقابل ، وما يقوم عليه من حجج ، وننتهي إلى بيان ما نرى في المسألة .

رأي المستشرقين والعلماء الغربيين :

حمل لواء الرأي القائل : إن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني إلى حد كبير ، « جولدتسيهر » وفون كريمر في كتاب « تاريخ الثقافة الشرقية في أيام الخلفاء » ، ودي بور الهولاندي . ومن الذين غلوا غلواً كبير في هذه الناحية إلى

---

١ ـ يذكر الدكتور صبحي المحمصاني في كتابه فلسفة التشريع في الاسلام أن الآراء في المسألة ثلاثة، رأي يرى أن الشرع الاسلامي تأثر بالقانون الروماني، ورأى ينفى ذلك ، ورأي معتدل يتوسط في الأمر .

درجة تدعو إلى الاستخفاف المستشرق « ايموس » فقد زعم أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية [1]» أما جولد تسيهر المجرى فقد أبدى هذا الرأي في كتابه « العقيدة والشريعه في الاسلام » وفي كتابات أخرى له ، وأما دي بور فيقول « بعد أن فتح المسلمون بلاداً ذات مدنيات قديمة ، نشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد، وحلت محل شئون الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة لم يرشد الشرع إرشاداً دقيقاً إلى وجه الحق فيها ، ولم يرد في السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها ، ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهي وقائع لم ترد فيها نصوص، ولم يكن للمسلمين بد من الحكم فيها ، إما بما يتفق مع العرف، وإما بما يهديهم اليه إدراكهم لمعنى الخير ، ولا بد أن يكون القانون الروماني قد ظل زمناً طويلاً يؤثر تأثيراً كبيراً في هذا الاتجاه في الشام والعراق ، وهما من ولايات الامبراطورية الرومانية القديمة »[2].

وهذا الفريق يتذرع بحجج تقوم على: وجود الشبه بين الشريعتين فقد قال فون كريمر : إن مواضع الشبه بين القانون الروماني والشرع الإسلامي هي عديدة : وأهمها : قاعدة البينة على المدعي ، وسن البلوغ والرشد ، وبعض أحكام المعاملات التجارية كالإجارة والبيع ، وبين البيع والمقايضة ، ومعنى هذا أن المسلمين نقلوا قواعد الفقه الإسلامي عن القانون الروماني ، ويدعون أن هذا التأثر كان على مرحلتين :

الأولى : في عهد الرسول حيث كان الفقه الإسلامي يستمد أحكامه من بعض الأعراف التي كانت قائمة عند العرب إبان بعثة الرسول ، وكانت تلك الأعراف ترجع إلى بعض النظم الرومانية واليهودية ، كما أن الرسول وأصحابه في تلك

---

١ - أنظر فلسفة التشريع في الاسلام ص٣٤٨ نقلاً عن كتاب ايموس القانون المدني الروماني ص ٤١٥ .

٢ - انظر تاريخ الفلسفة في الاسلام ترجمة الدكتور عبد الهادي ابو ريده .

الفترة استفادوا من النظم الـتي كانت معهودة فيالشام بحكم اتصالاتهم بتلك البلاد عن طريق التجارة .

والثانية : في عهد الصحابة والمجتهدين ، ذلك أنه بعد أن فتح المسلمون البلاد ذات المدنيات القديمة نشأت حاجات لم يكن للإسلام بهـا عهد ، وحلت محل شئون الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة لم يبين الشرع القول فيهـا على وجه التحديد إلى آخر ما قال دي بور مما قدمنا ذكره » ومعنى هذا أن الشريعة الإسلامية تلاقت مع القانون الروماني في تلك البلاد ، وأخذت تحل محل القانون الروماني في جميـع شئون الحياة ،

ولذا قالوا : إن أهم الأمور التي استطاع الفقهاء معرفة القانون الروماني عن طريقها هي النظام القضائيفي سوريا الذي ظل مطبقاً زمناً بعد الفتح الإسلامي، وهذه المحاكم كانت تسير في نطاقها وأحكامها حسب القانون الروماني،والمدارس القانونية الرومانية الـــتي كانت في الشام عند الفتح في بيروت وفي قيصرية ، والتي كانت في الشرق كالاسكندرية ، والثقافة السريانية والإغريقية والمؤلفات القانونيــة ،والتلمود اليهودي .

نقد هذا الرأي والرد على حججه :

إن الاستناد إلىوجود الشبه بين بعضأحكام الفقه الإسلامي الروماني؛ ليس البرهان المقنع الذي يثبتهذهالدعوى، إذ ان التشابه في الأحكام القانونية أوغير ذلك من نواحي الفكر المختلفة ، أمر طبيعي بين الأمم جميعاً ، لا فرق في ذلك بين الأمم جميعاً ، لا فرق في ذلك بين المسلمين والرومــان ، أو غيرهم من الأمم والشعوب المختلفة ، فقد يكون مرجعه إلى مـــا نعرف من أن العقل الإنساني السليم ، يتشابه في كثير من ألوان التفكير ، دون حاجة إلى تفسير هذهالظاهرة بالأخذ والتقليد، وإذا كانت الحضارات المختلفة تتشابه دائماً في قواعدها الكلية،

وتتشابه أحياناً في أحكامها الجزئية .

فمجرد الشبه وحده لا يكفي لإثبات الأخذ ، فكما يمكن أن يأتي عن طريق التقليد والاقتباس ، كذلك هو جائز بغير هذه الطريق ، وتفسير ذلك أن الأحكام مبنية على علل وأسباب ، فاذا وجدت الأسباب والعلل متشابهة في البلدين ، كان من المعقول أن تكون الأحكام المبنية عليها متشابهة فيهما ، وفاقاً للمبدأ القائل : إن نظائر الأسباب تولد نظائر النتائج ،

على أن ما ادعاه هؤلاء المستشرقون من أن قاعدة « البينة على المدعي » من الفقه الروماني غير صحيح لأنها تستند في الشريعة الإسلامية إلى المثل العربي القديم المثبت في الحديث الشريف، ومعلوم أن الحديث أقدم تاريخاً من الفتوحات الإسلامية في البلاد التي كانت خاضعة للشريعة الرومانية ، ومن ثم لا يكون مقتبساً من الشريعة الرومانية – ومسألة الشبه بين البيع والمقايضة في الشريعتين من باب الوهم إذ أن القانون الروماني فرق بين البيع والمقايضة : بأن البيع مبادلة مال بنقد ، والمقايضة مبادلة المال بالمال ، فكان البيع من قبيل العقود الرضائية ، والمقايضة من قبيل العقود « غير المسماة » ، والثانية لم يكن الرضى وحده كافياً لانعقادها كالبيع ، بل إنها كانت تستوجب فوق ذلك تنفيذ العقد من أحد المتقايضين ، أما الشرع الإسلامي فلم يتعرف إلى هذا الفرق الشكلي ، بل إن المقايضة فيه ليست إلا نوعاً خاصاً من أنواع البيع الرضائي.

وعقدا البيع والإجارة ، وإن تشابها في الشريعتين في بعض أحكامها العامة ، بسبب ارتكازهما على مبادىء التبادل الاقتصادي، والمعاملات التجارية التي استوحت وجودها، إلا أن العقدين يشتملان على وجوه اختلاف في أحكام تفصيلية أخرى كخيار الرؤية وغيره .

وأخيراً ليس في مسألة سن البلوغ والرشد في الشريعتين وجه جلي ، فعند

الرومان كان البلوغ محدداً بتمام السنة الثانية عشرة للفتاة ، وتمام الرابعة عشرة للفتى ، ولكن الشريعة الإسلامية في الرأي السائد اعتبرت أن منتهى سن البلوغ هو خمس عشرة سنة .

وعلى فرض صحة هذه الأمثلة فليست إلا يسيرة ، لا تكاد تستحق الذكر ، لا سيما إذا نظرنا إلى الفروق العديدة بين الشريعتين ، وهي كثيرة يطول القول بنا إذا أردنا استقصاءها [١] .

أما الرد على تأثر التشريع في عهد الرسول بالأعراف الرومانية فهو :

أن من الثابت أن الشرع الإسلامي مصدره الأساسي النص في الكتاب والسنة ، وأن هذا النص وصل إلى المسلمين عن النبي صلى الله عليه وسلم بالوحي الإلهي . المتلو وهو القرآن ، وغير المتلو وهو السنة ، أما الأحكام التي لم ينزل بها الوحي فاجتهد الرسول فيها ، والأحكام التي كان مصدرها العرف القائم عند العرب إبان بعثة الرسول فأقرها ، ونبه إلى اعتبارها والأخذ بها ، فهما في في حقيقة أمرهما راجعان إلى الوحي . وإن من المقطوع به أن الشريعة

---

(١) منها أن النساء الرومانيات كن تحت الوصاية الدائمة ، وكن مدى حياتهن لا يمكنهن التصرف بإموالهن إلا بإجازة الوصي ، أما الاسلام فقد أعطى المرأة مبدئياً الأهلية التامة لإجراء جميع التصرفات الشرعية . ومنها ان المهر عند الرومان يدفع للزوج من قبل الزوجة أو أحد ذويها بينا عند المسلمين يدفع إلى الزوجة من قبل الزوج، ومنها أن التبني لا يقره الاسلام مع انه كان معروفاً في القانون الروماني ، ومنها أن الشكل والتعقيد كان ملموساً في عقود الرومان وفي محاكاتهم ، مع ان الأمر على العكس منه في الشرع الاسلامي ـ ومنها أن حوالة الدين لم تكن جائزة بلا خلاف في جميع المذاهب الاسلامية ـ ومنها ان قواعد الارث والوصية مختلفة في الشريعتين فمثلا في الشريعة الاسلامية عند اهل السنة لا وصية لوارث أما عند الرومان فإن الوصية اخترعت أساساً لاجل تعيين الوارث ، ومنها ان أحكام الشفعة والوقف الذري المعروفة في الشريعة الإسلامية لانجد لها نظير في القانون الروماني وغيرذلك كثير .

الإسلامية في العصر النبوي ، لم تستمد أصولها ولا مبادئها ولا أحكامها من البشر بل هي إلهية فيكون القول بأنها استمدت بعض أحكامها من القانون الروماني مباشرة أو بواسطة « التلمود » (وهو المؤلف الذي يشمل القانون المدني والديني لليهود ، وهو ملحق بأسفار التوراة الخمسة الأولى، وقد تم وضعه في ألف عام) قولاً عارياً عن الدليل ، بعيداً كل البعد عن حقائق التاريخ ، ناشئا عن جهل بأقل ضروب المعرفة بطبيعة الإسلام ومصدر تشريعة .

أما **كون الشريعة الاسلامية** أقرت بعض الأحكام التي قامت على القواعد الفرعية المعروفة عند العرب قبل الاسلام : وهذه القواعد تأثرت بالفقه اليهودي الذي تأثر بدوره بالفقه الروماني ، بدلالة وجود التشابه بين بعض نظم التشريع الإسلامي والقانون اليهودي . **فالرد عليه**: أن من المسلم به أن الشريعة الإسلامية أقرت بعض الأحكام بناء على العرف ، ومن الجائز أن تكون بعض النظم اليهودية قد تسربت إلى عادات العرب فأقرها الإسلام ، لكن ليس هناك من دليل يدل على أن تلك الأحكام التي أقرها الإسلام بناء على العرف العربي قد تأثرت بالقانون اليهودي،

فإن ادعوا : أن الرسول عليه السلام كانت له معرفة بالقانون الروماني ، **فالرد عليه** : أن التاريخ والعقل ينكر ذلك ، فالتاريخ شاهد على أن الرسول الكريم عاش أمياً ، ومات دون معرفة للقراءة والكتابة ، كما أنه عليه السلام نشأ في بيئة عربية خالصة ، ولم ينتقل من الجزيرة العربية إلا مرتين في رحلتين قصيرتين إلى الشام ، وكان عمره في أولها لا يتجاوز الثانية عشرة ، وفي الثانية كان حول الخامسة والعشرين من عمره ، كما لم يثبت أنه بعث أحداً لإحضار هذه القوانين من خارج الجزيرة ، فكيف يستطيع مع تلك الظروف معرفة شيء من القانون الروماني .

أما قول المدعين للتأثر في مرحلة النضج للفقه الإسلامي وتطوره في عهد الصحابة والمجتهدين أن انتشار المجتهدين في البلاد التي خضعت لنفوذ المسلمين بعد وفاة الرسول ، مكنهم من الاطلاع على القانون الروماني الذي كان مطبقاً في تلك البلاد ، وأن الفقهاء المسلمين احتضنوا قواعد القانون الروماني ليطبقوها على العلاقات القانونية . فيحتاج لثبوته إلى ثبوت أمرين :

الأول : أن مصادر التشريع وقواعد تفسيره تبيح للفقيه أو للقاضي الأخذ من قانون أجنبي . **الثاني** : ضرورة إثبات الوسائل والطرق التي استطاع بمقتضاها الفقيه الإسلامي التعرف على قواعد القانون الروماني . وهي : النظام القضائي في سوريا، والمدارس القانونية في الشرق ، والقانون السوري الروماني، والثقافة اليهودية والسريانية والإغريقية .

أما الأمر الأول : فالحق أن الفقهاء المسلمين الأوائل لم تكن لديهم أدنى معرفة بكتب الفقه البيزنطي ، وأنه من الصعب التسليم بأن الأفكار القانونية الدقيقة ، كانت منتشرة بين الأشخاص المثقفين في ذلك العهد . ومن ثَمّ لم يتأثروا بالقانون الروماني . ولم يستمد الفقهاء منه شيئاً من أحكام الوقائع والمشاكل ، إنما كانوا يستندون دائماً إلى تشريعهم الأصيل ، وأصوله الصحيحة ، هذا التشريع وتلك الاصول التي تتسع للتطبيقات والتفريعات ، لكل الحوادث والنوازل التي تختلف وتتجدد باختلاف الزمان والمكان .

أما الأمر الثاني : فمن ناحية القضاء في سوريا

فإنه من المؤكد أنه لم يكن في العصر الأموي والعصر العباسي ولا قبل هذين العصرين نظام قضائي إسلامي يقضي بتقسيم الدعوى إلى مرحلتين إحداهما

أمام المفتي والثانية أمام القاضي كما في القضاء الروماني[1] . فإن النظام الإسلامي يقضي بأن تعين الدولة القضاة ، وهؤلاء كانوا يستطيعون إلزام الأفراد جبراً عنهم بتنفيذ ما يصدرونه من أحكام ، ولم يكن القاضي مقيداً ببرنامج يأتيه من شخص البريتور الروماني ، هذا بالإضافة إلى أن القاضي كان يختار الخليفة من بين الفقهاء ، لأنه كان يقوم – في بعض الحالات – باستنباط الحكم الشرعي إذا كانت النصوص التي بين يديه لا تحوي حكماً للنزاع المعروض .

ومن جهة أخرى لم تنشأ أي مدرسة فقهية إسلامية في الشام ، بل لا يوجد فقيه اسلامي واحد باستثناء – الإمام الأوزاعي – الذي نشأ في الشام . فإن من المعروف أن المدارس الفقهية الإسلامية الأولى وجدت في المدينة حيث نبغ في الفقه عدد كبير من الصحابة ، كما نشأت مدرسة الكوفة في العراق، وكذا مدرسة البصرة ، ونشأت في مصر مدرسة فقهية أخرى . وإن كانتا الأخيرتين أقل شأناً من المدرستين الأوليين . فلم تظهر في الشام مذاهب فقهية ذات أثر في الفقه الإسلامي . إذا ما استثنينا الأوزاعي . الذي أسس مذهباً فقهياً ، ولكن هذا المذهب اندثر ولم يبق، على أن الأوزاعي كان يعتمد على القرآن والحديث ، ولم يكن من أهل الرأي والاجتهاد ، وقد اهتم علماء الشام بعلم الكلام أكثر من اهتمامهم بالفقه [2] .

---

(١) فقد كانت الدعوى عندهم تمر بمرحلة أمام الحاكم القضائي المسمى بالبريتور ، وفي هذه المرحلة يستمع البريتور لادعاءات الطرفين المتنازعين ، ثم يصوغ تلك الادعاءات ويحددها في نماذج خاصة لديه تسمى بالبرنامج ، وفي هذا البرنامج يستطيع أن يرسم للقاضي ويرشده إلى طريقة الحكم وكانت تنتهي هذه المرحلة باختيار الطرفين المتنازعين للقاضي الذي يحكم لهما في النزاع فإن لم يتفقا على اختيار قاض اختاره البريتور – أما المرحلة الثانية فكانت تتم امام القاضي الذي يفصل في النزاع . وفي خلال القرن الثالث جاء نظام الدعاوي الادارية. فكان القاضي موظفاً عمومياً بالتعيين.

(٢) ولعل سبب ذلك راجع إلى تعدد الديانات التي كانت سائدة في ذلك القطر حيث نجد الاسلام والنصرانية واليهودية جنباً إلى جنب مما أدى إلى كثرة الجدل حول العقائد الدينية .

أما المدارس القانونية في الشرق فلم يكن لها تأثير على الفقه الإسلامي :

لأن القول بأن مدرستي الاسكندرية وبيروت بقيتا تدرسان القانون الروماني، حتى بعد الفتح الاسلامي بما يزيد عن قرن ، وذهاب البعض إلى حد القول بأن بعض فقهاء المسلمين تلقوا دراستهم القانونية في مدرسة بيروت: قول غير صحيح، لأن التاريخ وحده يكذب ذلك ، إذ يقرر أن النصف الثاني من القرن السادس الميلادي لم يبق فيه من المدارس القانونية الرومانية سوى مدرستي العاصمتين (روما – والقسطنطينية) ومدرسة بيروت . أما مدرسة القسطنطينية فكانت الصلة بين العرب وبينها معدومة قبل الإسلام ، لبعدها عن الجزيرة العربية ، وبقي الحال على ذلك بعد الاسلام . كما كانت العلاقة بين الدولة الإسلامية والقسطنطينية غير ودية في معظم الأوقات، ولم يحصل اتصال ودي بين الدولتين إلا في فترات قليلة ومتباعدة ، لذلك كان من الطبيعي ألا يجرؤ أحد من أنصار نظرية تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ، فيقول إن الفقهاء المسلمين تأثروا بمدرسة القانون الروماني في القسطنطينية .

وكذا **مدرسة بيروت** من نسج الخيال ، لأن الثابت تاريخيا أن هذه المدرسة لم تكن موجودة عند الفتح العربي للشام ، وأن الشافعي والأوزاعي لم يعرفا القانون البيزنطي . وإذا كانت هذه المدرسة زالت نهائياً من الوجود ، منذ منتصف القرن السادس الميلادي ، وبالتحديد عام ٥٥١ ميلادية، ونقلت إلى مدينة صيدا بعد تخريب مدينة بيروت نتيجة للهزات الأرضية، حتى بعد ما أعيد بناؤها فعلا ببيروت شب حريق مدمر أتى على المدينة من جديد ، ومنذ ذلك التاريخ لم يرد ذكر عن مدرسة بيروت . ويذكر المؤرخون أن المدينة استمرت كذلك أطلالا حتى فتحها المسلمون عام ٦٣٥ ميلادية . فالقول بوجود مدرسة بيروت عند فتح المسلمين لتلك البلاد قول غير مستساغ . وإذا كان الأوزاعي ولد بدمشق ثم انتقل إلى بيروت حيث توفي بها سنة ١٥٧ هـ . فليس صحيحاً أنه

درس القانون في بيروت ، لأن المدرسة الرومانية كانت اندثرت بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن قبل فتح المسلمين للشام ، وعلى فرض علمه بالقانون الروماني ، **فمذهبه** قد اندثر ولم يترك أثراً في الفقه الإسلامي ، وبناء على ذلك لا يمكن القول **بأن** قواعد القانون الروماني قد انتقلت إلى الفقه الإسلامي عن طريق الأوزاعي .

والشافعي الذي ينتمي إلى قبيله قريش وولد في غزة عام ١٥٠ هـ ونشأ بمكة ، كيف يتأثر بقانون لم يعرفه ؟ فالبلاد التي أسس فيها مذهبيه كانت كلها بعيدة كل البعد عن القانون الروماني .

ومدرسة الاسكندرية : لم تكن مركزاً لنشر الثقافة القانونية عند فتح العرب لمصر . فإنه لم يكن لها وجود ، إذ من المعروف أن جستنيان أصدر دستوراً سنة ٥٣٣ م ، نص فيه على إلغاء مدارس القانون ومن بينها مدرسة القانون بالاسكندرية ، وإذا علم أن الاسكندرية سقطت في أيدي العرب ، وتم تسليمها لهم في نوفمبر سنة ٦٤١ م ، فمدرسة الاسكندرية كانت قد أغلقت أبوابها بما يزيد عن قرن قبل فتح العرب لمصر ، فكيف يمكن القول حينئذ بأن الفقهاء المسلمين تأثروا بمدرسة للقانون الروماني زالت قبل قدومهم إلى مصر ؟.

قد يقال : إنه وإن كانت مدرسة الاسكندرية غير موجودة عندما فتح العرب مصر ، إلا أنهم استفادوا من كتب القانون ، عن طريق مكتبة الإسكندرية ذات الشهرة الواسعة .

فالجواب : أن مكتبة الإسكندرية كانت كتبها قد ضاعت أو أتلفت قبل فتح العرب لمصر ، بحوالي قرنين ونصف ، فلا يعقل أن يكون العرب قد استفادوا من الكتب القانونية التي كانت تضمها تلك المكتبة ، وخصوصاً إذا علمنا أن مذاهب الفقه الإسلامي الكبرى لم تنشأ في مصر بل نشأت في الحجاز والعراق ، والمذهب الفقهي الكبير والوحيد الذي نشأ في مصر هو مذهب الشافعي الجديد

الذي كان عبارة عن تعديل لمذهبه القديم استقى أصوله من الحجـــاز وأسسه في العراق،أما مذهب الليث بن سعد الذي نشأ في مصر فلم يكن له أثر في الفقه الإسلامي لأنه اندثر أمام المذاهب الإسلامية الكبرى . فمن هنا نؤكد أن المدارس التي كانت قائمـــة على تدريس القانون الروماني في الشرق ، كانت قد اندثرت قبل فتح العرب ، لتلك البلاد بزمن طويل ، وكان من نتيجة ذلك جهل الفقهاء المسلمين بأحكام القانون الروماني ، التي كانت تدرسه تلك المدارس ، ومن ثم لا يمكن تأثرهم به .

أما الثقافة اليهودية :

فقد ادعى « لامبير » أن القانون اليهودي أثر في العادات والتقاليدالعربيةالتي كانت سائدة في الجزيرة العربية قبل الإسلام ، وبما أن الإسلام قد تبنى الكثير من تلك القواعد فإن الفقهالإسلامي يكون قد تأثر بالقانون اليهودي ، ويستدل على هذا الرأي بالتشابه القائم بين نظام الأسرة ، ونظـــام الإرث ، ونظام العقوبات في التشريـــع الإسلامي وفي القانون اليهودي ، وبما أن القانون اليهودي قد تأثر بالقانون الروماني – في نظر هذا الرأي ـ فإن الفقه الإسلامي يكونقد تأثر بالقانون الروماني .

والرد على ذلك أن العكس هو الذي حدث فالقانون الروماني هو الذي أثر في القانوناليهودي ،وحتىعلى فرضأن القانون اليهوديتأثر بالقانونالروماني، فإن القانون اليهودي لم يكن له تأثير على الفقهاء المسلمين ، فلم يعرف فقيـــه واحد إسلاميكان من أصل يهودي ، أو تثقف بالثقافة اليهودية ، نعم كاناليهود لهم أثرفي الثقافة الإسلامية وضروب النشاطالفكريفي الفلسفة والأدبوالعلوم، ومسألة وجود التشابه لا سند لها من الحقيقة ، على أن التشابه في الحلول الجزئية لا يدل على تأثر قانون بآخر ، بل يدل فقط على أن المجتمعين المحكومين بالقانون المتشابهين قد وصلا إلى درجة واحدة من الحضارة والمدنية ، كما أن القانون

اليهودي يختلف اختلافاً جوهرياً عن القانون الإسلامي ، كما لم تكن لدى الفقهاء المسلمين الوسيلة التي تمكنهم من الاطلاع على القانون اليهودي ، فكل من التوراة والتلمود[1] كان مكتوباً بلغة غير عربية ، ونحن نعلم مدى جهل العرب باللغات الأجنبية ، ومدى انتشار الأمية بينهم .

أما الثقافة السريانية : فقد ذهب فريق إلى القول بأن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني عن طريق الكتاب السوري الروماني ، وهذا رأي لا أساس له من الصحة . فإن الثابت تاريخياً أن الكتاب السوري إنما ترجم الى اللغة العربية عام ١١٠٠ ميلادية ، وقد نسبه مترجموه إلى الأباطرة المسيحيين ، فكان من الطبيعي ألا يتأثر الفقهاء المسلمون بتلك الترجمة العربية نظراً لحدوثها بعد اكتمال الفقه الإسلامي ونضوجه منذ القرن الثامن الميلادي ، كما أن هناك اختلافاً كبيراً بين اللغة العربية واللغة السريانية ، وكذا كان الفقهاء المسلمون يجهلون اللغات غير العربية .

وبعد ما تبين لنا وهن حجج القائلين بتأثر الفقه الاسلامي بالفقه الروماني ،

---

١ ـ تشتمل مصادر القانون اليهودي على (١) التوراة وهي مكونة من خمسة أسفار تضم الاحكام التي أوحى بها الى سيدنا موسى (٢) التلمود وهو عبارة عن فقه شرعي وتفسير للتوراة ، وقد صنف هذا الكتاب عدد من أحبار اليهود ، وقد تم وضعه في القرن الخامس بعد الميلاد وهو يتكون من الميشنا و الجيارة ، ففي أواخر القرن الثاني الميلادي تمت قاعدة التلمود ، وصارت تعرف باسم « ميشنا» ومعناه بالعربية الكتاب الثاني بعد الثوراة ، وقد جمعت فيه السنة الموسوية. وبعد ذلك التاويخ قام عدد من أحبار اليهود يسمون بالعبرية « أمورائيم » اى المترجمون ، ذلك أن مهمتهم كانت تنحصر في شرح « الميشنا » واستمروا في عملهم حتى منتصف القرن الخامس الميلادي ، وهذا الشرح يعرف باسم «الجيارة» وفي هذا التاريخ تم تأليف التلمود بحالته الحاضرة، وهو يعتبر مرجع اليهود الوحيد في أحكام العبادات والمعاملات ، ويوجد في الوقت الحاضر نوعان من التلمود أحدهما اورشليمي (بيت المقدس) والثاني بابلي (بغداد) والثاني اكبر وأوسع من الأول واليه الرجوع غالباً (٣) الكتابات والشروح التي وضعها الأحبار بعد التلمود (انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٤ ، والمقارنات والمقابلات لمحمد حافظ ص ٥٧٧) وراجع بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ص ٦٢ للدكتور صوفي حسن أبو طالب .

تقول إن الشريعة الإسلامية تختلف أساساً في طابعها ومقصدها عن القانون الروماني ، فإن هذا الأخير ، حتى حالة كونه أقرب مـا يكون إلى التجرد والطابع العلمي البحت هو قانون، بينما الشريعة الإسلامية نظام يحمل الصبغة الدينية ، مستقلة في نشأتها وأصولها ، وليست في حاجة إلى الأخـذ والاستمداد عن الرومان أو غيرهم، فالحقيقة التي لا ريب فيها هي أن الشريعة الاسلامية قائمة بذاتها ، غير منقولة عن غيرها،وأن العادات التي أقرها الإسلام لم تكن رومانية بحتة[1] ، بل كانت عادات تجارية شاملة لجميع الشعوب القديمة ، لا سيما شعوب البحر الأبيض المتوسط ، ولقد تأثر الرومان أنفسهم بهذه العادات ، وأدخلوها في قانونهم باسم « قانون الشعوب » للتفريق بينه وبين القانون الروماني الأصلي المعروف بالقانون الأهلي أو المدني. ولو أن فقهاء الإسلام اطلعوا على كتب القانون الروماني ، لكانوا نقلوا عنهم نظرية الموجبات والعقود ، التي تعد أحسن مـا تركه الرومان في هذا الميدان، ولما بقيت كتب الفقه خالية من مثل هذه النظرية العامة ، وأخيراً فالشريعة الإسلامية تختلف عن القانون الروماني ، من حيث الروح العامة التي تسيطر على كل من التشريعين ، ومن حيث الأحكام القانونية التي نظمت شئون الحياة .

١ – اقر الفقه الإسلامي بعضا من عادات جميـع البلاد التي خضعت للحكم الاسلامي ، ومن هذه البلاد ما لم يكن خاضعاً للحكم الروماني كالعراق وفارس وباكستان ، فقد كان العرف عند أهل بلخ وبخاري الباعث على تجويز البيـع بالوفاء عند فقهاء الحنفية .

القسم الثاني

نظرية الملكية والعقود

خطة وتقسيم :

في هـــذا القسم سنعرض لبعض النظريات الفقهية التي هي أساس ومبنى الأحكام الشرعية ، فإنها في الواقع عماد الصرح الفقهي الكبير .

ولا شك أن الوقوف على هذه النظريات ، له أثره العظيم ، وفائدته المثلى ، لأنها تضفي على العارف بها ملكة فقهية عاجلة ، تؤهله للوقوف على مدارك الفقه ومدارجه ، وقد يحتاج الإنسان في اكتسابها إلى زمن طويل ، ووقت وفـير ، لكونها مبثوثة في بطون الكتب ، متناثرة بين أبوابه وأبحاثه ، ومن العسير على الباحث جمع شتاتها ، وأحكامها ، وسنقتصر في بحثنا في هذا القسم على نظريتين هامتين ، لهما كبير اتصال بالحياة العملية ،ولهما خطرهما في هذا المعترك الإنساني، وقلما يتحرز عنهما مخلوق ، هما **نظرية الملكية** ، **ونظرية العقد** .

ولما كانت الملكية ترد على الأموال والحقوق والمنافع سنتعرض لهذه الأمور الثلاثة بالتفصيل ولهذا فإن هذا القسم سيضم مقدمة ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة .

أما المقدمة فهي في معنى النظريات ، والقواعد ، والفرق بينهما .

والباب الاول فيﻧظرية المال والحقوق والمنافع : ويشتمل علىثلاثة فصول : الفصل الأول : في المال وأقسامه ، والفصل الثـــاني : في الحقوق وأقسامها ، والفصل الثالث : في المنافع وأنواعها .

والباب الثاني في الملكية وتشتمل على الفرق بـــين الملك والملكية ، وعلى فصول ستة ،الأول: فيأقسام الملك باعتبار محله ،والثاني: فيأقسامه باعتبار صورته ،

والثالث :فيحقوق الارتفاق،والرابع: في الملك باعتبار تمامه وعدمه،والخامس: في الملك المتميز والشائع، والسادس: في أسباب نزع الملكية جبراً .

الباب الثالث : في نظرية العقد ، ويضم مقدمة وفصولاً ستة : المقدمة : في التعريف بالعقد ، والفرق بينه وبـــين التصرف والالتزام– والفصل الأول ؛ في أركان العقد، والثاني ؛ في محل العقد ، والثالث ؛ في العاقدان والأهلية والولاية والوكالة ، والفضولي –والرابع ،في أحكام العقد ، والخامس :في عيوب العقد ، والسادس ؛ في الخيارات–أما الخاتمة لهذا القسم فتضم بعض القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي .



مقدمة

معنى النظريات ، والقواعد ، والفرق بينهما

النظريات : هي تلك المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً موضوعياً منبثاً في ثنايا الفقه ، والتي تحكم عناصره ، في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام. فهي بهذا المعنى يقوم على أساسها الفقه الإسلامي بكامله، مثل نظرية الملكية وأسبابها ، ونظرية العقد وقواعده ونتائجه ، والضمان وأسبابه وأنواعه . وغير ذلك .

أما القواعد : فهي الضوابط والأصول الفقهية التي تراعي عند تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود النظريات الفقهية .

وتطلق القاعدة على معان متعددة مرادفة لها ، مثل الأصل ، والقانون ، والمسألة ، والضابط ، وقد عرفت القاعدة بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه ـ وتفسير ذلك : أن القاعدة قضية كلية تنطبق على جزئيات موضوعها ، مثل قاعدة « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني [1] » و « اليقين لا يزول بالشك [2] » و « الأصل براءة الذمة [3] »

---

١ ـ فالهبة اذا اشترط فيها دفع عوض (كمن قال لآخر وهبتك هذا الشيء بكذا أو بشرط =

و « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » و « لاضرر ولاضرار » .

ثم إن هذه القواعد الفقهية من قبيل الأحكام الأغلبية غير المطردة[1]، لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام ، في حلول القضايا ، وترتيب أحكامها والقياس كثيراً ما يعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية – تبعاً لمقتضيات خاصة بتلك المسائل ، مما تجعل الحكم الاستثنائي أقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ، وجلب المصالح، ودرء المفاسد ، ودفع الحرج .

=أن تعطيني كذا،أخذ العقد أحكام البيع لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة فيرد الموهوب بالعيب، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب من يده . وكذا سائر احكام البيع .

٢ – معناه أنه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينيا قطعيا ثم وقع الشك في وجود ما يزيله ، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل، فمثلا إذا تحقق وثبت دين على شخص ، ثم مات ،وشككنا في وفاته فالدين باق ، وإذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم .

٣ – فمن ادعى على غيره التزاما بدين أو بعمل ما ، مهما كان سببه من عقد أو إتلاف ،فعلى المدعي الإثبات إذا أنكر الخصم .

٤ – فيحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، وإن لحقهم ضرر من هذا الحجر ، دفعا لضررهم عن الجماعة في أرواحهم ودينهم .

٥ – الضرر إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار مقابلة الضرر ، وتفيد القاعدة دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة ، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيله وتمنع تكراره ،والمقصود بمنع الضرار أن من أتلف مال غيره مثلا لا يجوز أن يقابل باتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة .

١ ـ انظر تهذيب فروق القرافي الفرق الثاني حـ ١ ص ٣٦ . ففيه نقلا عن العلامة الأمير « من المعلوم أن اكثر قواعد الفقه أغلبية » .

وكون هذه القواعد أغلبية ، لا يحط من قيمتها العلمية ، وقوة أثرها ، فإنها كشاف رائع الآفاق المبادىء الفقهية ، وضابط عظيم لفروع الأحكام العملية ، تجمع بينهما في وحدة وتربطها برابطة تضم شتاتها ، وإن اختلفت أبوابهـــا وموضوعاتها .

ولولا تلك القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الشرعية فروعاً مشتتة ، قـد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار ، وتجمع بين جزئياتها .

يقول القرافي في مقدمة كتاب الفروق، ما ملخصة « وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ، وتتضح له مناهج الفتوى ، ومن أخذ بالفروع الجزئية ، دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى .

وقد بدأت حركة تقعيد القواعد وتدوينها في أواخر القرن الثالث الهجري، وأول من عرف بوضع القواعد الكلية الإمام أبو زيد الدبوسي الحنفي في كتابه « تأسيس النظر » ، وفي القرن العاشر جمع ابن نجيم المصري المتوفي سنة ٩٧ ه في كتابه الأشباه والنظائر خمسا وعشرين قاعدة ،وفي القرن السابـع ألف الفقيه المالكي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي المتوفي سنة ٦٦٠ ه« كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام » وفي نفس القرن ألف الفقيه المالكي شهاب الدين احمد بن أدريس الشهير بالقرافي المتوفي سنة ٦٤ هكتاب « الفروق » ـكما ألف في القرن الثامن الفقيه الحنبلي عبد الرحمن بن رجب المتوفي سنة ٧٩٥ كتابه « القواعد [١] » .

---

١ ـ هذه الكتب على عظم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي حددناه لكلمة القاعدة . إنما تتضمن تقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى ، فكتاب العز بن عبد السلام مبني على فصول فقهية موضوعية،وتقسيمات للاحكام المتعلقة بها فهو أشبه بمدخل فقهي جليل، وكتاب=

فالفرق بين النظريات ، والقواعد الكلية : أن هذه القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعي في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى فمثلاً : قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني » ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد .

=القرافي جمع فيه ٤٨ قاعدة، لكنه لم يجمع القواعد بالمعنى المقصود، وكتاب ابن رجب الحنبلي بني مباحثه على مائة وستين قاعدة ،لكنه موضوعي يحمل ثروة فقهية . وليس مجموعة قواعد فقهية ذات نصوص عامة ودستورية .

الباب الأول

المال والحقوق والمنافع

يشتمل هذا الباب على المال ومعناه ، وأنواعه ، والحقوق وأنواعها، والمنافع وأقسامها، وذلك لأن المال بأصله قابل لأن يتملكه الإنسان، فقبل أن نتكلم عن الملكية نتكلم عن المال لأنه موضوع الملكية ، وعن الحقوق والمنافع لكونهما مما يرد عليهما التملك .

الفصل الاول

المـــال

معناه :

هو في أصل اللغة ما يقتني ويملك من كل شيء، سواء كان عيناً أو منفعة، فكل ما يستولي عليه الإنسان فعلاً ، ويملكه من حيوان أو عقار أو نبات أو نقد يسمى مالاً ، أمـــا لا يحوزه الإنسان ولا يملكه كالطير في الهواء ، والصيد في في الصحراء ، والسمك في الماء ، والشجر في الغابة ، والمعدن في جوف الارض، فهذا كله لا يسمى مالاً لغة .

أما الفقهاء : فقد اشترطوا لإطلاق اسم المال على الشيء أمرين :

ا ـ أن يمكن إحرازه وحيازته . ب ـ أن يمكن الانتفاع به انتفاعاً

معتاداً فإذا لم يمكن إحراز الشيء ولا حيازته كالهواء المطلق ،وحرارة الشمس، وضوء القمر،والذكاء ، والعدالة، والعلم ، وغيرها من الأمور المعنوية لا يسمى مالاً شرعاً ، وكذلك الأشياء التي يمكن حيازتها ، ولكن لا يمكن الانتفاع بهـــا ، كالأطعمة الفاسدة ولحوم الميتة ، لا تسمى مالاً شرعاً ، وأيضاً ما أمكن إحرازه ولكن لا يمكن أن ينتفع بها انتفاعاً يعتد به عند الناس : كقطرة الماء ، أو حبة القمح أو الفول .

ومن هنا كان تعريف المال عند الفقهاء: «ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً » .

ثم إن المالية لا تثبت للأشياء إلا بتمول الناس كلهم ، او تمول بعضهم لها ، فما لم تثبت ماليته من الأشياء عند امة من الأمم ، لا يكون مالا أصلا ، وذلك كالميتة التي ماتت حتف أنفها ، أما ما يحوزه بعض الناس ويتمولونه ، وينتفعون به كالخمر والخنزير في حق غير المسلمين فيكون مالا .

وأيضا : إذا ثبتت المالية لشيء فلا تزول عنه ، إلا إذا ترك الناس كلهم تموله وصارت منفعته منعدمة أصلاً ، فإذا ترك بعض الناس تموله ، وبقي مالاً في نظر البعض الآخر ، فلا تزول ماليته ، ومثال ذلك الملابس العتيقة التي لا تصلح ان يلبسها بعض الناس ، ولكنها تصلح للبس بعض آخر ، حكمها انه لا يزول عنها اسم المالية ، لأنه لا زال الانتفاع بها بالنسبة لبعض الناس قائما .

تقسيم المال عند الفقهاء :

اولا: ينقسم المال بحسب الضمان وعدمه إلى مال **متقوِّم**،ومال**غير متقوِّم**.

فالمتقوم : « اي الذي له قيمة في نظر الشريعة الاسلامية » ما يباح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار ، وحيز بالفعل كالنقود والدور والأراضي المملوكة لأصحابها .

وغير المتقوم : ما لم يحز بالفعل ، أو حيز ولكن حرم الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، وعلى ذلك يشمل هذا النوع المال الذي يجوز شرعاً الانتفاع به قبل حيازته ، مثل المعادن في باطن الأرض ، والسمك في الماء ـ كما يشمل المال الذي حيز بالفعل ، لكن حرّم الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، فإن كلا منهما لا يجوز للمسلم الانتفاع به ، إلا في حال الضرورة ، كأن يصيب الإنسان جوع شديد ، أو عطش يخشى منه الهلاك ، ولا يجد إلا الخمر أو الخنزير ، فيباح له في هذه الحالة أن يتناول منهما بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم من أهل الذمة فإن الخمر والخنزير يعتبران مالا متقوماً عند الحنفية ، . لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ، وأهل الذمة يدينون فيما بينهم بالانتفاع بهما ، واعتبارهما مالا متقوما ، فنعاملهم بما يعتقدون .

ومذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية أنهما لا يعتبران مالا متقوما في حق أهل الذمة ، لأنهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم على وفق معاملات المسلمين ، وأن لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم ، والخمر والخنزير لا يجوز للمسلم الانتفاع بهما شرعاً ، فلا يجوز الانتفاع بهما بالنسبة لغير المسلمين ايضاً ، فلا يكونا متقومين في حقهم .

ثمرة اعتبار التقوم وعدمه تظهر في الأمور الآتية :

١ ـ أن جميع العقود التي ترد على المال ، كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والشركة ، يشترط لانعقادها أن يكون المال متقوما ، فإن لم يكن متقوما بطل العقد[١] ولهذا لم يصح بيع الأموال المباحة ، ولا هبتها ، ولا الوصية

---

١ ـ على أنهم فرقوا في البيع بين كون المال غير المتقوم مبيعاً او ثمنا . فقالوا إذا كان مبيعاً كما لو باع المسلم خمراً ، فالبيع باطل ، وإذا وقع ثمنا كما لو باع شيئا بمقدار من الخمر ، فالبيع منعقد لكنه فاسد ، والعلة في ذلك عندهم هي أن المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع فتقومه كان شرط انعقاد أما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه كان شرط صحة لا شرط انعقاد .

بها لعدم تقومها ، ولا يصح بيع الخمر والخنزير من المسلم ، لعدم تقومهما في حقه، ويصح بيعهما من الذمي عن الحنفية .

ب – إذا أتلف إنسان مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير ، فإن كان مالكه مسلماً لا يضمنه ، لأنه حيث لا يباح له الانتفاع به شرعاً يكون عديم القيمة – وإن كان المالك غير مسلم ذمي لايضمنه عند الجمهور لأنه ليس مالا متقوما بالنسبة له ، ويضمنه عند الحنفية لأنه من أموالهم المحترمة فهو مال متقوم بالنسبة لهم . فقد نقل عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أحد ولاته في شأن الخمر بالنسبة للذميين الذين يمرون بالخمر على المعاشر : ولو هم بيعها ، وخذوا العشر من أثمانها « أي عشر قيمتها » .

هذا وفكرة تقوم المال وعدم تقومه موجودة في القانون ، إلا أنها تبتني فيه على عدم خروج الأشياء عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فمتى كانت كذلك فهي محل للحقوق المالية ، أما الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها وهي التي يشترك كافة الناس في الانتفاع بها ، ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس ، فلا تصلح محلا للحقوق المالية ، وكذلك الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم ، وهي الأشياء التي يرى المشرع أن في التعامل بها إخلالا بالنظام العام كالمخدرات ، والأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، أو التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل فهذه كلها لا تصلح أن تكون محلاً للتعامل قانونا لعدم تحريم التعامل بها .

ثانيا : ينقسم المال باعتبار الثبات وعدمه إلى عقار ومنقول :

فالمنقول : هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، ويشمل النقود والقروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات ، مكيله أو موزونة، والسفن والطائرات والسيارات .

والعقار عند الحنفية : كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ،

وهو الأرض : مجردة عن البناء أو مبنية ، فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات ، ولذلك لا يجري فيهما حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض ، لأن حق الشفعة مقصور على العقار .

وكذا لا يصح وقفهما دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقف البناء والشجر وحدهما، لأن الوقف لا يجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه.

غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر ، فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض ـ ومعنى هذا ان البناء والشجر في النظر الفقهي عند الحنفية لهما اعتباران : فهما بانفرادهما عن الأرض ، يعتبران من المنقولات ، وهما مع الأرض عقار بالتبعية .

أما المالكية فقد عرفوا العقار بما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، وعلى هذا يعتبر البناء والأشجار القائمة من العقار عندهم لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار ، وغير قابلين للنقل مع البقاء على على شكلهما ، بل يتغيران من حال إلى حال ، فيصبح الشجر حطباً ، والبناء أنقاضاً ، فالمحافظة على صفتهما بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانهما ، وهذا الثبات يوجب أن يعتبر عقاراً كالأرض .

وقد قسم القانون الأشياء إلى عقارات ومنقولات فنص القانون المصري على هذا التقسيم بقوله « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » (م ٨٢ - ١ مدني)[١] ، وقسم القانون العقارات إلى عقارات بالطبيعة ، وعقارات بالتخصيص، فالأولى هي الأشياء ذات المستقر الثابت الذي لا يمكن نقلها دون تلف . كالأراضي سواء

---

١ ـ راجع المدخل الى القانون للدكتور حسن كيره ص٨٢٩ وما بعدها طبع بيروت سنة ١٩٦٧.

أكانت معدة للزراعة أم للبناء ، والعقارات بالتخصيص هي منقولات أعطيت صفة العقار نظراً لكونها مرصودة على خدمة عقــار أو استغلاله ، ومخصصة لذلك ، فتعتبر ـ رغم طبيعتها المنقولة عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص،مثل ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وكتب مقدسة ، ومـا يرصد على استغلال المصانع من آلات، وأدوات للتصنيع، المنقولةمن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية ، والمواد المصنوعة .

وبهـا يتضح أن القانون المدني يتفق مع المذهب المالكي ، مــع التوسع في العقاو عن هذا المذهب

أثرالخلاف في العقار والمنقول يتضح في :

١ ـ الشفعة والوقف لأن الأولى لا تثبت إلا في المبيع العقار ـ وكذا الوقف إنما يصح في العقار دون المنقول[١].

٢ ـ بيــع مال القاصر . فإنه يجوز للوصي أن يبيــع بعض منقولاتالقاصر للمصلحة التي يراها، أما العقارفليس للوصي التصرففيه بالبيع إلالمسوغشرعي، كبيعه لوفاءدينعلى القاصر،ويبدأ الوصي ببيعالمنقولات أولاً،فإن نفدتولم تف بالدين يباع العقار لمصلحة المدين .

٣ ـ التصرف في الشيء المشتري قبل قبضه ، فإذا كان الشيء المشتري عقاراً جاز (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ـ ولا يجوز عند محمد والشافعي ـ وإذا كان منقولاً لا يجوز للمشتريأن يتصرففيه بالبيع ونحوه قبل التسليم والقبضاتفاقاً. وهذا لأن المنقول يعرض له الهلاك كثيراً ، فإذا هلك قبل القبض بطل البيــع ، فـكان التصرف بهذا محتملاً للبطلان ، فصار من الاحتياط الانتظار الى حــين القبض صوناً للعقود من البطلان .

---

١ ـ منع الحنفية وقف المنقول إلا اذا تابعا للعقار ، كمن يقف ضيعة بما يتبعها من آلات وحيوانات ، كما أجازوا وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفـه ، كوقف الكتب ، أو وقفـه السلف الصالح كوقف السلاح والخيل .

هذا وقد يعتبر المنقول كالعقار بطريق التبعية كالبناء والشجر في معية الأرض، كما يعتبر من البناء كل ما يوضع في العقار متصلاً به اتصال قرار، كالأبواب والأقفال المثبتة، وتمديدات الماء والكهرباء، والسلالم المثبتة. فتجري على هذه الاشياء أحكام العقار، حتى تدخل تبعاً في بيع العقار الذي اشتمل عليها، باعتبار أنها جزء منه، وإن لم ينص في العقد على دخوله.

وقد يحدث العكس مما سبق فيتحول العقار إلى منقول، وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم من معدن وفحم، وكمثل أنقاض البناء المهدوم، فإن كل ذلك بمجرد فصلها عن الأرض، وإعدادها للنقل تنسلخ عنها صفة العقار، وتلتحق بالمنقولات.

ثالثاً: ينقسم المال من حيث التماثل وعدمه الى مثلي وقيمي

فالمثلي: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه ولم تتفاوت تفاوتاً يعتد به، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق، كالمكيلات والموزونات المتحدة في النوع، والعدديات التي تتقارب آحادها كالبيض والجوز والليمون، ومن المثليات عروض التجارة المتحدة الجنس كأفراد النسخ الجديدة المطبوعة من كتاب واحد ومن صنف ورق متحد، متى كانت الطبعة واحدة، وكذا الأقمشة والمنتوجات القطنية والحريرية من المثليات، لأن كل ذراع أو متر منها يساوي الآخر، وأيضاً ألواح البلور من كل صنف، والأخشاب الجديدة التي تكون بأوصاف وأنواع متحدة، وتباع بالمتر، وكذا الآنية متى كانت الأجراء والآحاد متحدة فكل ذلك يكون مثلياً. أما إذا كانت أجزاء المذروعات متفاوتة كالنسيج غير المتماثل الأجزاء، وكالأراضي فإن كل قطعة منه عندئذ تكون قيمية غير مثلية.

والقيمي[1]: ما تفاوتت أفراده وآحاده تفاوتاً يعتد به، فلا يقوم بعضه

---

١ ـ المثلي نسبة الى المثل، والقيمي نسبة الى القيمة، «بسكون الياء» وبعض الناس يفتح الياء وقد اشتهر هذا على ألسنة الكثيرين وهو خطأ.

مقام بعض بلا فرق . وذلك كالحيوانات ولو كانت متحدة الجنس فإن الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة ، لما بينهما من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى ، ومن القيميات : الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الأثاثية ، فكل فرد منها له قيمة خاصة ، بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه ، أو سعته أو بحسب مجموع ما فيه من مميزات تختلف عما سواه . ومن القيميات أيضاً عروض التجارة المختلفة في الجنس، والعدديات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ،والكتب المخطوطة ، والمثليات التي صارت مفقودة أو نادرة، ولم تصر متداولة بين الناس، كبعض المصنوعات القديمة والنقود المسكوكة التي ألغى التعامل بها ، وتعذر الحصول عليها .

ومن حالات انقلاب المثلي إلى قيمي : ما إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز ، كان الحاصل المختلط قيمياً ، وكذا المال المثلي إذا أحاط به خطر ، وأشرف على التلف يصبح أثناء خطره قيمياً ، كما في الأموال التي أحاط بها الحريق، أو المشحونة في سفينة جنحت إلى الغرق ، لأن هذه الأموال في حالتها الخطرة لم تبق مماثلة لأمثالها السليمة من الأخطار ، بل أصبحت لها قيمة خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين الاعتبار فهي مثلاً إنما تشترى وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة الأمل بنجاحها[1].

وأيضاً إذا تعيب المال المثلي أو استعمل فأصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب أو الاستعمال فإنه ينقلب قيمياً ، مثال ذلك

---

١ ـ فائدة ذلك تظهر فيما لو ألقى ملاح السفينة في البحر بعض ما في السفينة لانقاذها بدون اذن صاحب المال لا يكون الملاح ملتزماً بضمان مثل ما ألقى لصاحب المال ، ولو كان المال الملقى مثلياً في الأصل ، وإنما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة انه مال مشرف على الغرق (راجع الدر المختار اوائل كتاب الغصب وفي اواخر كتاب القسمة) .

الكتب المطبوعة فإنها وهي جديدة تكون مثلية ، فإذا استعملت أصبحت قيميــة .

هذا وتقدم الصناعة ودقتها قد جعل كثيراً من الأموال القيمية مثلياً ، فقد كان قديماً ـ قبل اختراع الآلات الحديثة ـ تنسج الأقمشة على الأنوال اليدوية، وكان من نتيجة ذلك اختلافها في الدقة والصنع ، وكذلك الكتب قبل اختراع الكتابة كانت تكتب باليد ، والخطوط مختلفة جد الاختلاف ، كما أن الكتاب يتفاوتون دقة وضبطاً ، لذلك كانت الأقمشة والكتب قديماً من القيميات ، أما الآن بعــد اختراع آلات النسج والطبــع المحكمة الضبط فقد أصبح ما تخرجه الآلة من الأقمشة والكتب متحد الأجزاء غير متفاوته ، وصارت وحداتها متماثلة. فأصبحت هذه الأموال وكثير غيرها مثلياً بعد أن كان قيمياً .

نتائج التفرقة بين المال القيمي والمثلي :

١ ـ الأموال المثلية يجب بإتلافها ضمان مثلها لا قيمتها ، لأنه المعادل للمتلف صورة ومعنى ، اللهم إذا انقطع المثل من السوق فعندئذ يصار إلى القيمـــة اضطراراً[٢] أما الاموال القيمية فلأنهـــا لا مثل لها يكون التزام التعويض عند الإتلاف متوجهاً إلى قيمتها مباشرة .

٢ ـ الأموال المثلية تقبل أن تثبت في الذمة ثبوت الدين ، فيجب على الملتزم بها وفاء دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة ، ولا يتقيد بعين معينة يريدها الملتزم له ، فمن استقرض مبلغاً من النقود ، أو باع كمية من القمح الموصوف إلى شهر مثلاً يكون هذا الالتزام بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح تتوافر فيها أوصاف هذا الدين . أما الأموال القيمية فــلا تقبل

---

٢ ـ وهل يجب ضمان القيمة يوم انقطاع المثل أو يوم الإتلاف أو يوم الخصومة . في ذلك آراء والمختار الرأي الثاني .

الثبوت في الذمم ، فلا تكون ديناً بذاتها ، فلا يجوز بيـع رأس من الغنم أوالبقر مثلاً إلا إذا ورد العقد على واحد مشخص متميز عن سواه .

ولهذا قال الفقهاء من الحنفية أن عقد القرض لا يجري في القيميات ، وإنما يجري في المثليات من نقود وقمح وشعير ونحوها ، لأن القرض يثبت به المـــال المقبوض ديناً في الذمة يوفي برد مثله ، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة . وقالوا إن حصل إقراض المال القيمي ، يعتبر في حكم الإعارة من جهة أنه يجب ردُّ عينه ما دامت قائمة ، فلا يجبر المقرض على قبول مثله ، لكن المقترض يملكه بالقبض ، لأنه دفع بقصد التمليك، فيكون مضموناً عليه بالقيمة إذا هلك عنده، ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية،وذهب الظاهرية إلى أن المال القيمي بجميع أنواعه يصلح أن يكون ديناً في الذمة كالمثلي ، ولذلك أجازوا القرض في كل ما يجوز تملكه بهبة أو غيرها ، وأن الواجب فيه رد مثله إن كان له مثل حقيقـة ، أو مثله صورة وخلقة كما في الحيوان .

٣ ـ الأموال القيمية لا تعتبر أموالاً ربوية ، فلا تخضع شرعاً إذا بيـع بعضها ببعض لقاعدة ربا الفضل « التي توجب تساوي البدلين إذا كانا من جنس واحد» ولذا يجوز إعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه لبيـع شاة بشاتين ، إنما يختص ربا الفضل شرعاً بالأموال المثلية من مكيل أو موزن .

٤ ـ المثلي يصح أن يكون ثمناً ، لأنه متعين معروف ويقبل الثبوت في الذمة ديناً ، فإذا قوبلت الأموال المثلية في عقد المعاوضة بأعيان قيمية ، كانت هي أثماناً ، والأموال مثمناً أي مبيعاً أما إذا قوبلت القيميات بعضها ببعض فإنـــه يكون كل منها ثمناً من وجه ، ومبيعا من وجه[1].

---

١ ـ لتمييز الثمن عن المبيع في المعاوضات قال الفقهاء : إن الذهب والفضة يعتبران أثمانـــاً بالخلقة والطبيعة ولو كانا غير مسكوكين فإذا قوبلا في العقود بأي مال آخر يعتبران هما العوض، والمال الآخر هو المعوض ، وإذا قوبل الذهب بالفضة كان العقد صرفاً ، لكنهما كسائر المثليات=

رابعاً : ينقسم المال باعتبار خصائصه إلى استهلاكي واستعمالي

فالمال الاستهلاكي :هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه ، ومعنى ذلك أنه ما يستهلك باستعماله لأول مرة ، كالأطعمة والأشربة ، وكالحطب وورق الكتابة .

والمال الاستعمالي : ما يتحقق الانتفاع باستعماله مراراً مع بقاء عينه ، كالعقارات والثياب .

والأغلب في الأموال الاستهلاكية أن تكون مثلية ، فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً ، وقد يكون استعماليا ، فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي ، والكتاب المخطوط أو المطبوع المستعمل قيمي استعمالي ، والقمح والشعير مثلي استهلاكي ، والنسيج المتماثل الجديد كالقطن والكتاب مثلي استعمالي .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في قابلية الأموال لبعض العقود والحقوق ، وعدم قابليتها في الفقه الاسلامي .

فالأموال الاستهلاكية لا تقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك ، وهي التي تقوم على تمليك المنافع دون الأعيان كالإجارة والإعارة ،ولهذا لا يجوز إيجار البرك لأجل الأصطياد فيها، ولا الأراضي للرعي ، ولا استئجار بقرة لبون لشرب لبنها مدة معينة — وقد استثنوا من ذلك بعض عقود للضرورة والاحتياج العام،فجوزوا استئجار الظئر—وهي المرأة المرضع—

—يقبلان التعيين بالذات، فمن اشترى سبيكةمن ذهب أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ولو مماثلاً لها في مقدارها ومعيارها،فيتعلق بها الحق العيني للمشتري أما إذا كانامسكوكين دنانير ودراهم فلا تتعين في العقد وان اشار اليها ، ومثل الدراهم والدنانير جميع المسكوكات النقدية من المعادن الأخرى التي تسمي « فلوسا رائجه » فان ثمنيتها ناشئة عن اصطلاح الناس وتعارفهم . وفي حكم الفلوس الورق النقدي في عصرنا فإنه متداول كالفلوس وان كان في أصل مبناه من قبيل السند المحرر لحامله (راجع المدخل الى نظرية الالتزام ص ١٤٣) ،

لإرضاع الطفل ، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال ، وإن كان العقد يستهدف استهلاك اللبن ، والماء الحار .

أما الأموال الاستعمالية : فلا تقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال كالقرض ، ولهذا كان من الواجب في المال المقرض أن يكون استهلاكياً ومثلياً في آن واحد .

أما العقود التي لا ينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده، أو الاستعمال وحده بل تشملهما معاً غاياتها كالبيع ، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الإيداع ؛ فإنه يمكن أن ترد على النوعين المذكورين من الأموال .

خامسا : ينقسم المال باعتبار مالكه إلى مال خاص ، ومال عام

فالأموال الخاصة : هي ما دخلت في الملك الفردي ، فكانت محجوزة عن الكافة أي أنها ليست مشاعة بين عموم الناس ، ولا مباحة لهم لا رقبة ولا منفعة .

والأموال العامة : هي ما ليست داخلة في الملك الفردي ، فهي لمصلحة العموم ومنافعهم

وبيان ذلك : أن الأشياء إما أن تكون بطبيعتها قابلة للحيازة ، أي مما يمكن أن يستأثر أحد بإحرازها ، أو غير قابلة

فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالهواء والبحار ، لا تدخل في الملكيات مطلقاً ولا يمكن ورود العقود عليها بحال ، وسيأتي بيان ذلك .

أما القابلة للحيازة فهي الأموال المنقولة كلها .

وقد ينقلب المال الخاص إلى عام ، وينقلب العام إلى خاص . فالأول يكون إما بإرادة المالك كوقف المساجد والمقابر ، فإنها قبل الوقف مال خاص مملوك لمالك ، وبالوقف يصير عاماً لأجل مصالح الكافة ، وقد يكون بإيجاب الشرع كما في استملاك الحكومة أرضاً لجعلها طريقاً ، أو مستشفى لصالح المجتمع .

والثاني : كما لو استبدل مستشفى موقوف، أو من أملاك الدولة ، **فإنه** بعد البيع يصبح ملكاً لمشتريه .

وتنقسم الأموال العامة بحسب ما هي مخصصة له إلى ثلاثة أقسام :

١ – ما هو مخصص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية أو الحيوية ، كالمساجد والمقابر والطرق ، والجسور والقناطر والمستشفيات والحدائق ، والمدارس ، وسائر المؤسسات العامة ، وكذا الأراضي المشتركة – القريبة من العمران – إذا جعلت مرعى ، أو محتصداً ، او محتطباً .

٢ – ما هو مخصص للاستغلال لإحياء جهة عامة بموارده وغلته ، وهي مستغلات الوقف الخاص ، ومستغلات بيت المال التي تسمى اليوم «أملاك الدولة»

٣ – مال عام عموميته من جهة أنه مملوك لجهة عامة ، مع أنه في ذاته مهيأ للتداول ، كغلات الأوقاف العائدة لجهة خيرية موقوف عليها ، .

الفصل الثاني

الحقوق

معنى الحق : الحق في اللغة له معان متعددة كلها ترجع إلى الثبوت والوجوب ، وعند الفقهاء : عرفه الكندي[١] بأنه : الحكم الذي قرره الشارع – وعرفه الاستاذ الشيخ علي الخفيف بأنه « مصلحة مستحقة شرعاً »، وعرفه الأستاذ الزرقا « بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً » وفقهاء القانون

---

(١) هو عبد الحليم بن محمد امين الكندي صاحب حاشية قمر الأقمار على كتاب نور الأنوار شرح المنار .

يعرفونه بأنه : سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين » وعرفه الدكتور السنهوي : أنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون.، ولم يتجه فقهاء الشريعة قديماً إلى الكتابة عن نظرية الحق ، ولم يصل مبلغ علمنا الى أن أحداً كتب عنها كتابة مستقلة . في حين أن فقهاء القانون أعطوها عناية خاصة .

ما يطلق عليه لفظ الحق :

أطلق الفقهاء الشرعيون الحق على إطلاقات مختلفة منها ما هو عام شامل لكل حق ، فيشمل الملك سواء أكان نقداً أم منقولاً أم عقاراً أم ديناً أم منفعه [١] ، أم أمراً آخر كالحقوق المجردة ، وهي الأمور الاعتبارية ، والأوصاف الشرعية التي تجعل من تثبت له قادراً على تحصيل ما تعلقت به ، كحق الانتفاع ، وحق التملك ، والخيارات ، وحق إمساك الصغير ،وحق التصرف في مال الغير ، والولاية على النفس وغيرها .

وقد يطلق الحق على الحق المجرد ، وأكثر ما يكون ذلك إذا استعمل في مقابلة الملك والمال.وأحياناً يطلق الحق ويراد به مرافق العقار كحق الشرْب ، والمسيل ، وحق الجوار ، وحق الطريق وحق التعلي . وأحياناً يطلق الحق ويراد به ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه ، وتمكن كل عاقد مما أعطاه له العقد من حكم ، مثل ضمان خلو المعقود عليه من العيوب ومطابقته لأوصاف العقد ، والتزام البائع برد المبيع عند اكتشاف العيب ، والتزامه بتسليم المبيع وأداء الثمن ، والمطالبة بإيفاء الزوجة عاجل صداقها .

---

(٢) الدين : هو وصف ثابت في الذمة يثبت به الحق في المطالبة ، وما دام الدين وصفاً لا عينا فهو في الواقع لا يكون مالا ـ والمنفعة ما يستفاد من الاشياء مما لا يمكن حيازته بنفسه كسكنى الدار وقراءة الكتاب وركوب الدابة .

تقسيمات الحق :

ينقسم الحق باعتبار ما يضاف إليه « عند الحنفية » إلى قسمين : حق الله ، وحق العبد .

فحق الله قال الحنفية [1] هو كل ما يتعلق به النفع العام دون مراعاة أفراد معينة ، فهو أشبه ما يكون عندما رجال القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام ، غير أنه عند الحنفية شامل للمصلحة الدنيوية والأخروية ، ولا يخص الدنيوية كما عند القانونيين ، ومثلوا لذلك بحرمة الزنى التي يتعلق بها عموم النفع من سلامة الأنساب ، وصيانة الفراش ، ومنع الضغائن والمنازعات بين الناس ، وبالجهاد في سبيل الله ، وحكم هذا الحق أنه لا يسقط بإسقاط أحد ، ومن حق الإمام والسلطان تنفيذ عقوبته .

أما حق العبد : وهو الذي يتعلق بالأفراد ، وليس للنظام العام دخل فيه ، وقد عرفه الحنفية ومن تابعهم بأنه ما تتعلق به مصلحة خاصة دنيوية ، مثل كحرمة مال الغير ، وكحق الدية ، وبدل المتلفات ، وبدل المغصوب ، وحق المشتري في تملك المبيع ، وحق البائع في تملك الثمن .

وقد فرع الحنفية من الحقين السابقين حقين آخرين : هما ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب .

ويرى الحنفية أيضاً أن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا في شيء ، ونفذ أحدهما سقط الآخر ، وقالوا لا يجتمع قطع وتغريم في سرقة ، بينما يرى غيرهم أنه لا تنافي بين الحقين .

---

(١) أما الشاطبي فيرى حق الله وحق العبد ثابتين في كل حكم ، ويرى أن حق الله هو عبادته وامتثال أوامره واجتناب نواهيه ـ وحق العبد ما فيه مصلحة للعباد إما عاجلاً وإما آجلا فهو شامل لمصالحهم جميعاً في الدنيا ـ وانما نسب هذا الحق الى الله لاعلاء شأنه ، وتوجيه الناس الى الحرص عليه دون إهمالهم أو تقصيرهم .

وقد قسم القانونيون الحق إلى حقوق دولية، كحق السيادة الإقليمية، وحق السيادة الشخصية المقررة للدولة على رعاياها في الخارج، وحق الحرب، ونحو ذلك، وإلى حقوق داخلية سياسية كانت كحق المشاركة في الحكم، وحق الانتخاب والترشيح، وتولي الوظائف العامة — أو حقوقاً عامة تتعلق بالحريات العامة التي ينصب عمل القانون على تنظيمها تنظيماً اجتماعياً، كحق الشخص في في استقلال تفكيره، وحرمة مسكنه، وحرية انتقاله، وهذه ليست بحقوق مالية، ولا تقوّم بمال، وتمتنع عن التعامل بالنقل أو التناول، وهي لاتكتسب ولا تنقضي بالتقادم — أو كانت حقوقاً خاصة « مدنية » عائلية كانت أو مالية وقسموا الحقوق المالية : إلى حقوق شخصية[1]، وحقوق معنوية[2] أصلية كانت أو تبعية .

---

(١) الحق الشخصي هو سلطة تثبت لشخص معين في اقتضاء أداء معين من شخص آخر. فهو رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أي بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق في اقتضاء هذا الأداء من المدين ومحل الحق الشخصي دائماً عمل معين من جانب مدين معين سواء كان هذا العمل إيجابياً كالتزام المقترض برد مبلغ القرض الى المقرض ، أو سلبياً كالتزام بائع المحل التجاري قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه في نفس الحي طوال مدة معينة (راجع المدخل الى للقانون للدكتور حسن كيره ص ٥٩٠)

(٢) الحق العيني : وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وينقسم إلى حق عيني أصلي، وحق عيني تبعي .فالحقوق الأصلية هي تلك الحقوق العينية المستقلة التي لا تتبع حقا آخر أو أو تستند في وجودها إليه ، وانما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطان الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية ، كحق الملكية ـ والحقوق التبعية وتسمى التأمينات العينية هي الحقوق التي لا تقوم مستقلة بنفسها ، وانما هي تابعة لغيرها من حقوق الدائنية تأميناً للوفاء بها كحق الحيازة ، وتنشأ هذه الحقوق عن العقد ، وترد على المنقول (راجع الدكتور حسن كيره في المدخل الى القانون ص٥٧٧ طبع بيروت ١٩٦٨).

الحقوق المالية وغير المالية :

قسم الفقهاء الحقوق إلى مالية ، وغير مالية ، كما قسموا الحقوق المالية إلى شخصية وعينية .

ا ـ **فالحقوق المالية:** هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها كحق التملك للأعيان أو المنافع أو الديون ، كحق الشفعة ، وحق الغانم في الغنيمة بعد إحرازها وقبل قسمتها ، فالغانم ليس له قبل القسمة ملك حقيقي ، وإنما له حق في أن يتملك ، ومنها حق الموصي له في قبول الوصية ، أوردها بعد موت الموصي ،

والحقوق المالية الشخصية هي تلك الحقوق التي يقرها الشرع لشخص على آخر ، وهـذا يكون إما بإحداث فعل أو تركه ، كحق المشتري في تسلم المبيـع ، والبائع في تسليم الثمن ، وكحق المودع في ألا يستعمل الوديـع الشيء المودع .

أما الحقوق المالية العينية فهي ما يقرها الشرع لشخص على شيء ، فإذا اغتصب شخص شيئاً آخر ، فإن حق المغصوب منه المتعلق بهذا الشيء حق عيني ، أما حق المغصوب منه قبل الغاصب في أن يرد إليه الشيء المغصوب فهو حق شخصي .

ب ــ **الحقوق غير المالية :**

هي الحقوق التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به ، ومن أمثلتها حق ولي المقتول في القصاص ، وحقه في العفو عنه ، وكحق أحد الزوجين إذا زوجه فضولي في إجازة الزواج أورده ، ومن ذلك كل حق مقرر لشخص على آخر يرتبط بـــه برابطة القرابة أو المصاهرة كولاية الأب على ابنه ، وحضانة الأم للصغير ، ويمكن أن تكون الحقوق السياسية والطبيعية من هذا النوع .

ما يقبل من الحقوق الاسقاط وما لا يقبله :

الأصل في الحقوق أن تسقط بالإسقاط، بخلاف الأعيان إلا إذا وجدت أسباب أخرى تمنع صاحب الحق من إسقاط حقه . فمن الحقوق التي تقبل الإسقاط حق الشفعة ، وحق خيار الشرط ، وحق خيار العيب إلى غير ذلك .

وهناك حقوق لا تسقط بالإسقاط لوجود مانع يمنع إسقاطها . وهي :

١ — الحقوق التي لم تجب بعد . فهي لا تقبل الإسقاط لذلك ، ومثالها إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلة التي لم يدخل وقتها ، ومثل إسقاط حق خيار الرؤية قبل الرؤية ، ومثل إسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل وجود البيع ، فإن هذه الحقوق لا تسقط بإسقاطها لأن الحق نفسه لم يوجد عند الإسقاط .

٢ — الحقوق التي اعتبرها الشارع وصفاً ذاتياً لصاحبه ، لازماً له لا ينفك عنه مثل إسقاط المعتق حقه في الولاء على معتقه ، وكإسقاط الأب والجد حقهما في الولاية على الصغير ، لأن الولاية كالأوصاف الذاتية فلا تسقط بإسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الأصل .

٣ — الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير أوضاع شرعية ، مثل إسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة ، وكإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية ، وكإسقاط المطلق رجعياً حقه في الرجعة ، فكل هذا لا يسقط بالإسقاط ، والمانع أن في الإسقاط تغييراً لحكم الشرع .

٤ — الحقوق التي يترتب على إسقاطها : إسقاط غير الحق فيها ، مثل إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة ، ومثل إسقاط المطلق حقه في عدة مطلقته ، ومثل إسقاط المسروق منه والمقذوف حقة في حد السرقة والقذف ، لأن للصغير المحضون حقاً في الحضانة على غيره ، فلا تسقط لأن حق الصغير مقدم ، كما أن لله تعالى حقاً في

وجوب العدة ، وفي الحدود وحقه أغلب من حق العبد ، فيقدم مراعاة للحق الأغلب .

ما يورث من الحقوق وما لا يورث :

اختلفت كلمة الفقهاء فيما يورث من الحقوق وما لا يورث ، فذهب البعض إلى أن الحقوق كلها لا تورث، استناداً إلى قوله عليه السلام: «من ترك مالاً فلورثته»، وذهب آخرون إلى تقييد الإطلاق الوارد في الحديث فذهبوا إلى أن الحقوق تورث .

أما حق الشِّرب وحق المرور فإنها تورث اتفاقاً لأنها من الحقوق المالية ، وكذا حق الكفالة بالدين، وحق حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي البائع عاجل الثمن ، وحق حبس الرهن ، فقالوا إن هذه الحقوق تورث لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة .

وقال الحنفية : إن حق الغانم في الغنيمة بعد الإحراز وقبل القسمة لا يورث، أما الشافعي فيرى أنه يورث ، أما حق خيار العيب فيرى الحنفية أنه يثبت للورثة ابتداء ، بينما قال غيرهم أنه يورث ، ومثله في ذلك خيار التعيين وخيار الشرط قال الحنفية لا يورث ويبطل بموت من له الخيار ، وقال الآخرون يورث .

ويظهر أن الأصل عند الحنفية أن الحقوق لا تورث إذا كانت مجرد رغبة ومشيئة إلا ما كان منها حقاً لعقار على عقار ، كما في الشرب والمرور ، ففيها الحق لا يتعلق بالأشخاص، ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق ، وكما أن الحق ثابت للعين فينتقل إلى ورثة من له حق الارتفاق مع العقار ، لأنهم تملكوه من مورثهم بما تقرر له على عقار الغير .

أما في خيار التعيين والعيب فقد ثبت الحق ابتداء للورثة ، لأن مورثهم إنما

تم رضاؤه على أساس سلامة المبيع من العيب، فثبت حقهم في تركته على أساس ذلك، ولأن خيار التعيين لا بد منه ليتميز ملك الورثة من ملك البائع.

الفصل الثالث

المنافع

الأشياء المنتفع بها أنواع ثلاثة: **الأعيان** وهي الأشياء المادية التي لها جرم — **والحقوق:** وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع كما قدمنا.

والمنافع: وهي الفوائد المقصودة من الأعيان كسكنى الدار، وركوب السيارة، ولبس الثوب.

ولم يختلف الفقهاء في أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها، والانتفاع بها، كما لم يختلفوا في أن الحقوق المتعلقه بغير المال كحق الحضانة، وحق الولاية على القاصر ليست بمال، أما المنافع والحقوق المعلقة بالمال فقد اختلفوا فيها على رأيين: فقال الحنفية إنها ليست بمال، لعدم إمكان حيازتها بذاتها، لأنها معدومة، وإذا وجدت تفني شيئاً فشيئاً، وذهب غير الحنفية: إلى أنها أموال لإمكان حيازتها بحيازة أصلها، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت، ولأن الطبع يميل إليها، وهذا أرجح لاتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية.

وقد اعتبر الحنفية المنافع أملاكاً، ولم يعتبروها أموالاً. وبذلك فرقوا بين مفهوم الملك، ومفهوم المال.

وإذا كانت المنافع هي الأعراض المتعلقة بالأعيان، تكون ثمرة الأعيان المتولدة منها كالثمرة الناتجة من الشجر والزرع الثابت في الأرض أموالاً بلا خلاف، لأنه يمكن حيازتها، لكن اختلف الفقهاء في شمول المنافع لها.

فعند بعض الشافعيـة : أن ثمرات الأعيان كالثمر والزرع والأجرة ليست منافع إلا إذا وجدت قرينة تدل على ذلك[1]. ومذهب الحنابلة، وبعض الشافعية وما تدل عليه كتب الحنفية[2]. أن ثمرات الأعيان يطلق عليها اسم المنافع سواء كانت أعراضاً أم أعياناً متولدة منها كالثمر والزرع ، أو غير متولدة منها كأجرة الأرض ، وكسب الانسان .

وثمرة الخلاف في كون المنافع أموالاً ، أو ليست أموالاً تظهر في مسائل الغصب والميراث والإجارة – فمن غصب شيئاً وانتفع مدة ثم رده إلى صاحبه ، فإنـه يضمن قيمة المنافع عند غير الحنفية ، وعندهم لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب عيناً موقوفة أو مملوكة ليتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال[3].

كما يترتب على هذا أنه إذا استأجر شخص داراً مدة معينة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة ، فعند الحنفية ينتهي العقد بموت المستأجر ، لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الاجارة .

---

١ - راجع نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٦١ .

٢ - دأبت كتب الحنفية على التمثيل للمنافع بالخدمة والسكنى والغلة ، وهي كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك، فيدخل ثمن الشجر غير المثمر كالحور والصفصاف (حواشي ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٧٨ - ص ٦٨١ .

٣ - لكن حين ضعف سلطان الدين على النفوس ، وتجرأ الناس على اغتصاب أملاك الناس وهم آمنون من الضمان أفتى متأخرو الحنفية بالتضمين في هذه المواضع الثلاثة زجرا للناس عن التعدي . وهذا المعنى موجود الآن بالنسبة لكل المنافع فينبغي الافتاء بالضمان في كل غصب راجع المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٢٨٨ .

تملك المنافع :

قد يرد الملك على المنفعة وحدها ، وذلك على نوعين باعتبار ما يتعلق به لأنه إما أن يكون ثابتاً لشخص أو لعين – فالأول يتعلق ابتداء بالمنتفع ، فيكون له فقط ، ولا يتنقل منه إلى غيره إلا في بعض مسائل « سيأتي تفصيل الكلام عنها في الملك الناقص » والثاني يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق ، وهو لا يثبت لشخص معين، بل يتبع العقار كيفما كان مالكه، فهو يثبت أولاً للعقار، ثم يثبت لمن ملكه تبعاً لثبوته للعقار ، وسنفصل الكلام عن ذلك في نظرية الملكية إن شاء الله عند كلامنا على ملك المنفعة وحق الانتفاع الشخصي ، وحق الانتفاع العيني .

الباب الثاني

نظرية الملكية

تعريف الملك :

الملك في لغة العرب . حيازة الإنسان للمال مع الاستبداد به ، أى الانفراد بالتصرف – وفي لسان العرب: الملك احتواء الشيء ، والقدرة على الاستبداد به ـ والملكة ـ بفتحتين على وزن حركة بمعني الملك أيضاً . يقال : له عليه ملكة ، أي ملك ، وما في ملكته شيء أي لا يملك شيئاً .

وكلمة الملكية : اسم صيغ من المادة منسوباً إلى المصدر وهو الملك ، ويدل على معنى الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الأشياء ، وذلك ما يلاحظ فيما انتهى إليه معنى الملك عند رجال الشرع والقانون[1].

فالملكية عند الفقهاء : علاقة شرعية بين الانسان والأشياء تجعله مختصاً فيه

---

١ ـ عرف الحاوى القدسي الملك بأنه « الاختصاص الحاجز » أي الذي يخول صاحبه منع غيره. وعرفه الكمال بين الهمام في أول كتاب البيع من كتابه فتح القدير بأنه « القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع » يريد أنه قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر .

وعرفه القرافي في كتابه الفروق بأنه « حكم شرعي قدر وجوده في عين أو في منفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من انتفاعه بالعين او بالمنفعة او الاعتياض عنها ما لم يوجد مانع من ذلك » ـ وعرفه صدر الشريعة في شرح الوقاية بأنه : اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقاً تصرفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف الغير .

اختصاصاً يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليتــه للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفي الحدود التي بينها الشرع ، فالملكية ليست شيئاً مادياً إنما هي حق من الحقوق[1]، بل هي أوسع من الحقوق .

وحق الملكية في القانون هو الحق المباشر لشخص على شيء مادي معين ، وبمقتضاه يكون لهــذا الشخص حق استعمال هذا الشيء واستغلاله ، والتصرف فيه في الحدود المقررة قانوناً (مادة ٨٠٢) — فالمالك قــد يقرر لشخص آخر حق استعمال ملكه أو حق استعماله واستغلاله ، كما يحق له أن يبيعه لمالك آخر محتفظاً لنفسه بحق المنفعة .

وإن من يتأمل تعريفات الفقهاء للملك يخلص منها بأنه: **اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .**

فإن الشخص الذي يحوز المال بطريق مشروع ، يصير مختصاً به ، وهـــذا الاختصاص يبيح له الانتفاع به ، ويثبت له التصرف فيه ، إلا اذا وجد مانــع شرعي يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه ، كما أنه يمنـــع الغير من الانتفاع به ، أو التصرف فيـــه إلا اذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف كالولاية والوصاية والوكالة .

---

١ — بعض المالكية يرون أن الملكية لا ترد إلا على المنافع فقط ، أمـا الأعيان فملكيتها لله سبحانه وتعالى ، ولا ملك للانسان فيها في الحقيقة والواقع ، لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة وإنما سلطانه على منافعها فقط .

الفصل الاول

أنواع الملك باعتبار محله

ملك العين ، وملك المنفعة ، وملك الدين

ملك العين : ويسمى ملك الرقبة ، أن يكون الملك وارداً على ذات الشيء ومادته ، وذلك كملك الأموال المنقولة من متاع وحيوان ، وكملك العقار وسائر الأموال غير المنقولة من أراضي وحوانيت ودور .

وملك المنفعة : هو أن يكون للمالك حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عين ذلك الشيء، مثل ملك السكنى ، واستعمال الأدوات،أو قراءة الكتب بطريق الإعارة أو الإجارة .

وملك الدين . يتحقق فيما اذا كان لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال وجب بسبب من الأسباب ؛ فهو كثمن الشيء المشتري ، وبدل القرض المقترض، وقيمة ما أتلفه الشخص من ملك غيره[1].

هذا وملك العين يستلزم مبدئياً ملك المنفعة دون العكس، ذلك لأن الشخص قد يملك منافع الشيء دون ملك عينه كما في العين المستأجرة – أما ملك الرقبة فالغاية منه ملك منفعته ، ولا ينفصل ملك المنفعة عن ملك الرقبة إلا في حالات

---

١ ـ ليست الوديعة من هذا النوع بل هي من قبيل ملك العين ، لأنها امانه بيد المودع ويتعين عليه حفظها ثم ردها بذاتها عند طلبها منه ، فليس له أن يأخذها ، ويرد مثلها ، فإذا تصرف فيها الوديع يصير غاصباً ، وعليه ضمانها ، ويصير مبلغها ديناً في ذمته كسائر الديون يوفي بأداء مثله .

استثنائية في دائرة ضيقة ، كما إذا أوصى بمنفعة شيء يملكه لشخص آخر مــدة محدودة ، أو مدى حياته ، أو أوصى برقبة الشيء لشخص وبمنفعته لآخر مدة محدودة .

الملك التام والملك الناقص :

قدمنا أن الاختصاص بالشيء هو معنى الملك . وأن هذا الاختصاص إمـا أن يقع على ذات الشيء ومنافعه معاً ، أو يقع على المنافع فقط ، أو يقـــع على الذات فقط . فإذا وقع عليهما معاً كان الملك ملكاً تاماً ، وإذا وقع على أحدهما فقط كان ملكاً ناقصاً — فمن هنا انقسم الملك إلى تام ، وناقص .

فالملك التام : هو ما ثبت على رقبة الشيء ومنفعته معاً ، بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميـع الحقوق المشروعة .

والملك الناقص : هو ما ثبت بتملك الشخص منافع الشيء دون رقبته ، أو بتملك الرقبة وحدها دون المنفعة ، وهذا النوع من الملك هو الكثير الغالب كما في الوقف والإجارة والإعارة .

وينقسم الملك الناقص : إلى ثلاثة أنواع .

١ — ملك الرقبة وحدها .

٢ — ملك المنفعة وحدها ، ويكون الانتفاع شخصياً ، أي لشخص معـــين .

٣ — ملك المنفعة وحدها ، ويكون الانتفاع عينياً أي تابعاً للعين ، ويثبت لمن ملك العين تبعاً لملكه للعين .

أولا — ملك العين وحدها :

هذا النوع يوجد حين تكون العين مملوكة لشخص ، والمنفعة مملوكة لآخر ،

وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً ، لأنه جاء على خلاف الأصل في الملك ، لأن المقصود من ملك العين ـ كما قدمنا ـ هو الانتفاع بها ، فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع بها كان ذلك شاذاً ، إلا أنه تسومح فيه تشجيعاً على أعمال البر ، في نهاية الحياة ، حيث إنه لا يثبت إلا في صورتين من صور الوصية :

الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص مدة معلومة أو طول حياته ومات الموصي ، فإن ملك العين ينتقل إلى الورثة ، وللموصي له – إذا قبل الوصية – ملك المنفعة طول حياته أو المدة المحددة ، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع ، فإن امتنعوا أجبروا على ذلك ، وبعد انتهاء مدة الوصية أو موت الموصي له يصبح ملك الورثة ملكاً تاماً .

الثانية : إذا أوصى شخص بداره أو أرضه مثلاً لشخص ، وبمنفعتها لشخص آخر ، وبعد موته قبل كل منهما الوصية ، فإن ملك كل منهما يكون ناقصاً ، ويسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه ، فإذا انتهى زمن وصيته عادت لمالك العين ، ويصبح ملكه تاماً ، ففي المسألتين السابقتين يكون انفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوتاً بمدة استحقاق المنتفع للمنفعة ، فمتى انتهت عادت المنفعة إلى تبعيتها للرقبة ، فيصبح مالك الرقبة مالكاً للمنفعة على حكم الأصل .

أما خصائص هذا النوع : فهي أن صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه ، وليس له التصرف في العين تصرفاً يضر بمالك المنفعة ، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة عند الحنفية ، وعند غيرهم يجوز لمالك العين وحدها بيعها بدون إذنه ، وتنتقل ملكية العين إلى المشتري محملة بحق مالك المنفعة ، ومن الخصائص أيضاً أنه إذا مات مالك العين وحدها تورث عنه ، ولا ينتهي ملكه إلا بموته ، أو بهلاك العين نفسها ، أو بتمليكها لغيره ، فإذا اتلف العين فعليه ضمان قيمة المنفعة لمالك المنفعة . أما نفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها فتكون على مالك المنفعة .

ثانياً : ملك المنفعة وحدها أو حق الانتفاع الشخصي .

قبل أن نوضح أسباب هذا النوع وخصائصه ، نوضح الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع :

فملك المنفعة : اختصاص يبيح لمن ثبت له ، أن يستوفي المنفعة بنفسه ، وأن يملكها لغيره ، فالمستأجر للأرض أو الدار ملك المنفعة بعقد الإجارة ، واختص بها ، وهذا الاختصاص حاجز لغيره عنها ، وللمستأجر أن يستوفيها بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

أما حق الانتفاع: فهو مجرد رخصة بالانتفاع، جاء نتيجة إذن عام، مثل حق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين ، فهو لا يعتبر ملكاً للمأذون له حتى يملكه لغيره، كما لو أذن شخص لغيره بركوب سيارته ، أو المبيت في منزله .

والمذهب الحنفي وعلماء القانون لا يفرقون بين ملك المنفعة ، وحق الانتفاع، فكلاهما واحد ، فمن ملك أحدهما له أن ينتفع بنفسه ، وأن يملك غيره ، وقد يتقيد ذلك تبعاً لتقيد السبب كما في حق الانتفاع بالمنافع العامة ، فإن من له الحق في دخول مصحة مثلاً ليس له أن يملّك هذا الحق لغيره .

وعلى القول بالفرق بينهما المالكية ، كما أوضح ذلك القرافي في الفرق الثلاثين بين قاعدة تمليك الانتفاع ، وقاعدة تمليك المنفعة ، فقال : إن تمليك الانتفاع هو الإذن في أن يباشر الانتفاع بنفسه ، وتمليك المنفعة هي الإذن في أن يباشر بنفسه ، وأن يملكها لغيره : وإن من يدقق النظر يجد أن الخلاف بين الحنفية والمالكية إنما هو خلاف في التسمية – فالمالكية يسمون الانتفاع الذي لا يسوغ للمنتفع أن يملكه لغيره: حق الانتفاع، والحنفية يسمون هذا: ملك المنفعة، وليس هناك من أثر عملي لهذا الخلاف لاتفاق كل من المذهبين على أن من ثبت له الانتفاع

بنفسه ، لا يجوز له أن يملكه لغيره ، بعوض أو بغير عوض. بصرف النظر عن السبب الذي ثبت به هذا الانتفاع .

وعلى هذا **فلحق** الانتفاع أسباب ثلاثة عند غير المالكية .

الأول : الإذن العام ، كما في الانتفاع بالمرافق المخصصة للمنفعة العامة ، كالطرقات لكافة الناس ، والمدارس للطلاب ، والمصحات للمرضى .

الثاني : إباحة المنفعة من مالك العين ، سواء أكانت لشخص معين باسمه ، أو غير معين ، كما إذا إذن شخص للغرباء في النزول في داره .

الثالث : عقد الإجارة أو الإعارة أو غيرهما إذا شرط فيه الاستيفاء بنفسه فقط ، وسلب منه حق تمليكها لغيره .

أما أسباب ملك المنفعة فهي خمسة : الإباحة ، والإجارة ، والإعارة والوقف ، والوصية .

فأما الإباحة : فهي الإذن بالانتفاع بالعين من غير تعاقد ، سواء أكان صادراً من مالك العين ، أو كان إذناً عاماً من الشارع أو الحاكم كما في الارتفاق بالمنافع العامة .

وأما الاجارة : فهي تمليك المنفعة بعوض – والمستأجر يملك بها المنفعة المنصوص عليها في العقد، ولا يملك ما يخالفها قوة، فمن استأجر أرضاً لزراعتها ، لا يملك البناء عليها ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض ، بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع . أما إذا كانت العين المؤجرة تتأثر بتغير الأشخاص ، وقد نص في العقد على أن ينتفع بها ، فليس له أن ينيب عنه غيره ، وإلا كان متعدياً .

وأما الإعارة : فهي تمليك المنفعة بغير عوض ، وقد اختلف علماء الحنفية في إفادتها ملك المنفعة للمستعير ، فذهبت طائفة إلى أنها لا تفيد تمليكاً بل تبيح

للمستعير أن ينتفع بالعين مع بقاء منفعتها على ملك المستعير ، وعلى هذا الرأي لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره ، لا بعوض ولا بغير عوض – وذهب جمهور الحنفية والشافعية إلى أن المستعير يملك المنفعة بعقد الإعارة ، فله أن يملكها لغيره بالإعارة ، أي بغير عوض ، ما لم يشترط المعير ألا يعيرها لغيره ، أو كانت المنفعة مما يختلف باختلاف المنتفعين .

فإن لم يشترط المعير ألا يعير المستعير لغيره ، وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفعين جاز له الإعارة لغيره – وليس له أن يملكها لغيره بطريق الإجارة لاختلاف صفة العقدين ، فإن الإعارة عقد غير لازم ، فللمعير الرجوع متى شاء ، والإجارة عقد لازم فلو جازت الإجارة من المستعير لاقتضى ذلك تغيير الوصف الشرعي لأحد العقدين ، حتى يتوافق العقدان ، وهذا لا يصح لما فيه من تغيير المشروع .

أما المالكية فقد أجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بطريق الإجارة أو الإعارة ، لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها في مدة الإعارة ، بشرط ألا يضر بالعين المستعارة ، حيث إن عقد الإعارة لازم في مدته ، لا يجوز للمعير إبطاله[1] .

وأما الوقف : وهو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد ، وصرف منفعتها لمن أراد الواقف ، **والوصية** : وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فيفيدان ملك المنفعة للموقوف عليه ، والموصى له ، فلكل منهما أن يستوفي

---

(١) يظهر أن مبنى الخلاف اختلافهم في لزوم الإعارة وعدم لزومها ، جاء في تهذيب فروق القرافى أن العارية تملك ما شهدت به العادة ، فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكاً على الإطلاق ، يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السابقة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب .

المنفعة بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض « على تفصيل بين الفقهاء في ذلك » ، وحسبما يفيده نص الواقف أو الموصي من إطلاق أو تقييد .

وعلى مذهب المالكية الذين يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع تكون أسباب الملك للمنفعة هي أسباب ملك المنفعة السابقة في مذهب الحنفية ما عدا الإباحة التي يرون أنها سبب لحق الانتفاع .

خصائص هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع الشخصي بأحكام :

١ ـ أنه يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة ابتداء ، ولهذا يجوز لمن أعار سيارته لغيره أن يقيد إعارته بانتفاع المستعير بمدة كشهر أو سنة ، أو يقيده بمكان كأن يحدد له مكان سيره بها ، أو الأشخاص الذين يركبونها .

٢ ـ أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية في جميع صوره ، لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع ليست أموالاً عندهم ، وخالفهم جمهور الفقهاء في بعض الصور ، كما إذا كانت الإجارة لمدة معلومة ، ومات المستأجر قبل انتهائها ، فإن الورثة يرثون ملك المنفعة في المدة الباقية ـ وكذلك إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة ، أو استغلالها ومات الموصي له قبل انتهاء المدة ، فإن ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة .

٣ ـ أن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ، ويضمن نقصانها إذا تعيبت بتعدية عليها ، لأنه تعدى على ملك غيره ، وأما إذا هلكت أو تعيبت بدون تعد أو تقصير فلا ضمان عليه ، لأن يدة على العين يد أمانة . فالواجب عليه المحافظة عليها كما يحافظ على ملكه حتى يردها إلى مالك العين صحيحة سليمة .

٤ ـ أن نفقات العين وصيانتها قد تكون على مالك المنفعة إذا ملكها مجاناً

بالإعاره أو الوصية ، وقد تكون على مالك العين إذا ملكها بالإجارة .

ما ينتهي به ملك المنفعة :

١ – انقضاء مدة الانتفاع ، فيما إذا كانت هناك مدة محددة ، سواء أكان ذلك بإجارة أو إعارة أو وقف أو وصية .

٢ – وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية كما قدمنا بيانه .

٣ – وفاة المؤجر والمعير ، لزوال صفة التمليك عنها بالموت . فإن عقد الإجارة إلزام ، والتزام ، فإذا مات مالك العين انتقل ملكها إلى ورثته ، وبهذا يفوت محل الالتزام ، أما الإعارة فهي عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع.

أما الوصية فلا ينتهي ملك المنفعة بموت الموصي ، لأنه لا يتصور ، حيث إن الملك للمنفعة في الوصية يبدأ بقبول الموصى له بعد موت الموصي ، وكذلك ملك المنفعة بطريق الوقف ، لا ينتهي بموت الواقف ، لأن الوقف إذا كان مؤبداً فأمره واضح ، وإن كان مؤقتاً كان انتهاؤه بمضي المدة ، فلا يكون لموت الواقف أثر حينئذ .

٤ – هلاك العين المنتفع بها ، أو تعييبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة ، فإذا انهدمت الدار المستأجرة للسكنى ، أو صارت الأرض المستأجرة للزراعة سبخاً ، أو طغى عليها الماء انتهى ملك المنفعة .

هذا : وعند انتهاء حق الانتفاع ، يكون الواجب على المنتفع تسليمها إلى مالكها عند طلبها ، إلا إذا كان في تسليمها ضرر يلحق المنتفع أو ورثته ، كما إذا انتهت المدة المحددة للانتفاع ، والأرض فيها زرع لم ينضج ، أو مات المنتفع قبل نضج الزرع ، ففي هذه الحالة تترك الأرض في يد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع ، وحينئذ يجب على المنتفع أجر مثل الأرض في المدة التي يحتاج اليها الزرع لينضج .

ونظير ذلك السفينة والسيارة ، إذا استأجرتا لمدة معلومة، أو إلى مكان معين فانقضت المدة قبل الوصول إلى المكان ، فإنهما يبقيان بيد المستأجر بأجر المثل ، حتى يصل إلى المكان المقصود ، هذا إذا كان لا يمكنه الوصول إليه بغيرها .

أنواع ملك المنفعة:

يتنوع ملك المنفعة أو حق الانتفاع باعتبار ما يتعلق به إلى نوعين :

أ ـ نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصياً أي يثبت لشخص معين وهو الذي سبق الكلام عنه آنفاً .

ب ـ نوع يكون فيه حق الانتفاع عينياً « أي تابعاً للعين » ويثبت لمن ملك العين تبعاً لها . فهو حق متعلق بعين العقار وهذا ما سنفصله فيما يلي:

حق الانتفاع العيني:

هو حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص ، ويسمى : حق ارتفاق ، وهو حق ثابت لعقار على عقار آخر ، مالكه غير مالك العقار الذي له حق الارتفاق [١] ، وقد عرفه قدري باشا : بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول . لكن هذا التعريف يجعل حقوق الارتفاق مقصورة على الحقوق التي تكون مقررة على عقار لمصلحة عقار آخر وهي :حق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، ولا تشمل الحقوق التي تكون مقررة لشخص على عقار ،وهي حقوق الجوار بنوعيها « حق الجوار الرأسي «التعلي» - والجانبي » .

---

(١) الارتفاق في اللغة الاتكاء على مرفق اليد ، ويطلق على ما يستعان به ـ جاء في مختار الصحاح : المرفق أيضاً من الأمر هو ما ارتفقت به و انتفعت . ومنه قوله تعالى « ويهيء لكم من أمركم مرفقاً » .

والفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي : من وجوه

١ ـ أن حق الانتفاع الشخصي ، قـد يتعلق بالعقار كما في وقف العقار أو إجارته أو إعارته ، وقد يتعلق بالمنقول كما في إجارة سيارة ، أو إعارة كتاب ـ أما حق الارتفاق فدائماً يكون حقاً مقرراً على عقار ، ولهذا قد تنقص به قيمة العقار المقرر عليه هذا الحق .

٢ ـ أن حق الانتفاع الشخصي يكون مقرراً لشخص معين باسمه ووصفه ـ أما حق الارتفاق فيكون مقرراً للعقار ، ولهذا تزيد منفعة الأرض المرتفقة ، كما تزيد قيمتها به ، فمن المعلوم أن الأرض إذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة .

٣ ـ أن حق الانتفاع له وقت ينتهي بانتهائه ـ أما حق الارتفاق فهو حق دائم غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه .

٤ ـ **أن حق الانتفاع الشخصي مختلف في إرثه** ، بنـاء على الاختلاف في كونه مالا ـ أما حق الارتفاق فهو عند جميع الفقهاء مما يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونه مالا ، لأنه تابع للعقار ينتقل بانتقاله .

ما يثبت به حق الارتفاق :

١ ـ اشتراطه ضمن عقد معاوضه ، كأن يبيع شخص أو شركاء لآخر قطعة أرض بشرط أن يكون للأرض التي تليها حق المرور عليهـا ، فإذا تم عقد معاوضة على شيء من ذلك ، وكان هذا الشرط مما يجيزه العرف ـ كما يرى الحنفية ـ كان الشرط نافذاً ، والحق قائماً .

٢ ـ الشركة العامة بين أفراد الدولة في المرافق العامة كالأنهـار العامة ، والمصارف العامة التي أنشئت للصالح العام ـ والتي ليست ملكاً لأحد ، فإن هذه الأشياء يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منهـا ، حتى كان لأصحاب

العقارات أن يمروا من هذه الطرق ، وأن يسقوا أراضيهم من الأنهار والترع العامة ، وأن يصرفوا المياه الزائدة عن حاجتهم في تلك المصارف ، لأن هذه المرافق العامة تعتبر شركة بين الناس ، لا يختص بها أحد منهم ، ويباح الانتفاع بها حيث أعدت لذلك .

٣ ـ التقادم : على معنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لعقار من زمن قديم غير معلوم وقت ثبوته ، كما إذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض بجوارها ، أو يصرف ما فضل من مائها في مصرف مملوك لشخص آخر ، ولا يعرف أحد متى ثبت هذا الحق ، فإن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع فيحكم بثبوته ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض الأخرى أنه ثبت بسبب غير مشروع فإنه يحكم ببطلانه .

ولا يثبت هذا الحق بمجرد الإذن أو الإباحة ، فلو إذن شخص لجاره أن يمر إلى أرضه من ممره ، أو أن يسقي أرضه من قناة يملكها ، فإنه لا يثبت لأرض المأذون له حق ارتفاق على أرض من أذن ،فله أن يرجع عن إذنه في أي وقت شاء ، ولا يصح لمن ملك الأرض بعده بالشراء أو بالإرث أن يطالب بهذا الحق .

وقد أضاف المالكية إلى الأسباب الثلاثة السابقة لثبوت حق الارتفاق أمران آخران :

أ ـ شراء هذا الحق منفرداً ، لأنه حق مالي يمكن تقومه عندهم ، ووافقهم على ذلك الشافعية .

ب ـ أن يلتزم صاحب العين بهذا الحق والتبرع به لآخر بعقد إعارة ، لأن التبرعات ملزمة عند المالكية خلافاً لغيرهم .

الملك التــــام

قدمنا أن المالك إذا ثبت له مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة واعارة وغيرها ، كان مالكا لها ملكاً تاماً .

لكن هذه الحرية المطلقة للمالك لا تتقيد إلا بأمرين :

الأول : عدم الإضرار بغيره فرداً كان مالك العين أو جماعة .

الثاني : أن يكون تصرفه في نطاق الأوامر والقرارات التي تصدرها السلطات الحاكمة تحقيقاً للمصلحة العامة ، ويشمل ذلك نزع الملكية للمنفعة العامـــة ، والاستيلاء المؤقت على العقار في حالة حصول غزو أو قطع جسر ، وكذا القيود المفروضة لصالح الأمن أو الصحة العمومية ، وكالقيود المختصة بالتنظيم ، والقيود المفروضة لصالح الزراعة الملزم اتباعها مالكو الأرض المجاورة للترع والمصارف ونحوها ـ والقيود الموضوعة لحفظ وإنماء الثروة الأهلية ، كالقيود الخاصـــة بالمناجم ، وحماية الآثار التاريخية ، وتحريم بعض المزروعات .

خصائص الملك التام :

١ ـ للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع ، من غير تقيد بزمان ولا مكان ، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرمـاً شرعاً ، كأن يجعل داره مأوى للصوص ، أو نادياً للقمار .

٢ ـ أن هذا الملك غير مؤقت ، فليس له زمن ينتهي بانتهائه ، ولا ينتهي إلا بهلاك العـين المملوكة ، أو بانتقالها إلى غيره بالوراثـــة إذا مات المالك ، أو قام بتصرف شرعي ناقل للملكية كالبيع والهبة .

٣ ـ أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، لأنه لا سائبة في الاسلام .

٤ ـ أن المالك إذا أتلف الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمانه ، لأن الضمان

حينئذ يكون عبثاً ، وليس معنى ذلك أنه يباح للمالك أن يتلف ماله ، ويعفى عن المؤاخذة إذا كان الشيء المملوك حيواناً فيقتله عمداً أو يسيء استعماله . إنما يحجر عليه إذا ثبت سفهه ، ويمنع من التصرف في ماله ، ويتولاه عنه غيره .

أسباب الملك التام :

١ ـ الاستيلاء على المال المباح الذي لا مالك له .

٢ ـ العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية .

٣ ـ الخلافة وهي أن يقوم شخص مقام شخص فيما يملكه ويخلفه فيه ، كما في الإرث [١] . ولا تعتبر الشفعة وهي حق التملك للعقار جبراً على المشتري بما قام عليه من أسباب الملك لأنها ، حق التملك ، وليست هي التملك . ويرى الحنفية أن الشفعة ليست سبباً مستقلاً ، بل هي راجعة الى السبب الثاني وهو العقود . لأن حقيقة التملك إنما تكون بالتراضي ، أو بقضاء القاضي ومردّه إلى العقد بإقامة القاضي مقام الممتنع المجبر .

ولا يعتبر التولد من المال المملوك سبباً جديداً لإفادة الملك في المتولّد أو المستفاد من المملوك ، لأن من خصائص الملك التام كما قدمنا أن يكون المال بمنافعه وثمراته المتصلة والمنفصلة ملكاً لصاحبه ، مقصوراً عليه لا يشاركه فيها أحد ، فيكون ملك ما تولد ثابتاً بالسبب الأول الذي ثبت به الملك في أصله ، فمن ملك حيواناً بعقد أو بإرث ، فإنه يملك ذاته ، وما ينتج منه في المستقبل ، لأن النتاج حين وجوده يكون كالجزء المنفصل فلا يحتاج إلى سبب جديد .

وقد ذكر القانون المدني المصري لأسباب الملك التام : « الاستيلاء على مال

---

١ ـ ومن الخلفية أن يحل في الحقوق شيء جديد محل شيء زائل كما في التضمين أو التعويض ، فإنه إذا أخذ للغير شيئاً أو غصبه أو ألحق به ضرراً بجناية أو تسبب في ذلك فإنه يضمن ، ويلزمه تعويض الضرر بالأرث أو الدية ، ويتملك المحكوم له هذا العوض بسبب الخلفية عن ما تلف اه بفعل الغير .

ليس له مالك ، والميراث بعد تصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة . وهي في جملتها لا تخرج عن الأسباب التي اعتبرها الفقهاء إلا في :

ا ـ الالتصاق : كالأرض التي تتكون من طمى النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة ، فإنها تكون للملاك المجاورين (مادة ـ ٩١٨) ـ أو أن يقيم شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، وحينئذ يكون لصاحب الأرض أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض .

وهذا السبب وإن كان الفقهاء لم يتكلموا عنه كسبب من أسباب الملكيه إلا أنهم تناولوه عند كلامهم عن الشفعة ، وعن خيار العيب .

ب ـ الحيازة وهي وضع اليد على مال مملوك للغير ، وتقادم العهد عليه ، فقد جعلها القانون المصري مثبته للملكية بشروط وقيود ، بينها في المواد ٩٦٨ـ ٩٦٩ ـ ٩٧٠ ـ أما الفقه الإسلامي فإنه لم يجعل الحيازة مثبتة للملكية مهما طالت ، لكن الفقهاء يجعلون مضي المدة الطويلة سبباً في منع سماع الدعوى عند الإنكار بشروط اشترطوها لذلك بطريق الاجتهاد ، سداً لباب التزوير ، وقضاء على الدعاوي الباطلة[1] .

---

١ ـ اعتبرت حيازة المنقول والعقار ، أو حيازة حق عيني على منقول أو عقار تكسب الحائز ملكية الشيء أو الحق اذا استمرت حيازته خمس عشرة سنة الا اذا كان يستند في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، واقترنت الحيازة بحسن النية ، فإن مدة التقادم المكسبة للملكية خمس سنوات كما ان الأموال الموقوفة لا تكتسب ملكيتها الا اذا دامت الحيازة ٣٣ سنة ـ وقدجعله الفقهاء ثلاثين او ثلاثاً وثلاثين أو ستاً وثلاثين سنة والقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ الخاص بالمحاكم الشرعية نصت مادته ٣٧٥ على أنها ثلاث وثلاثون سنة بالنسبة للوقف والارث وخمس عشرة سنة بالنسبة لغيرها .

ثم إن هذه الأسباب لها أوصاف مختلفة تنقسم باعتبارها إلى ثلاثة تقسيمات

فتنقسم أولاً : إلى اختيارية ، وجبرية:

أما الاختيارية : فهي الاستيلاء على المباح والعقود . **والجبرية** هي الخلفية التي تتحقق بالميراث ، فإن هذا السبب يثبت الملك فيه جبراً على كل من المورِّث «المالك السالف»،والوارث «الخليفة عن المورث»،فإن الشارع جعل الوارث يحل محل المورث في ملكه المنتهي ، فالملك الجديد امتداد للملك القديم ، ولهذا لا يشترط قبوله ولو رده لا يرتد ، والذي ثبت فيه الملك بهذا السبب هو المال الباقي بعد التجهيز وسداد الديون وتنفيذ الوصايا ، وعلى هذا تكون الخلافة في المال الباقي فقط ، وليست خلافة في كل شيء ،فلا يلزم الوارث بسداد دين الميت من ماله الخاص ، إذا لم تف تركته بديونه .

وتنقسم ثانياً : إلى ما هو **منشيء للملكية** ، **وناقل لها** من شخص إلى آخر **فالمنشىء للملكية** : هو الاستيلاء على المال المباح ، فإن المباح لا يوصف قبل الاستيلاء عليه بالمملوكية ، ويدخل في هذا السبب الاستيلاء على الغنائم الحربية ، لأن أموال الحربيين تعتبر مباحة « فإن المال المباح هو الذي لم يدخل في ملك يحترمه الشارع ، ولم يوجد ما يمنع شرعاً من تملكه » ومال هؤلاء غير محترم في نظر الإسلام في حالة الحرابة .

والناقل للملكية : هي العقود والخلفية ، فإن هذين لا يثبت بهما ملك للشخص إلا اذا كان المال الذي ورد عليه العقد أو الميراث مملوكاً من قبل ، فالمال المباح لا يكون محلاً لعقد من العقود ، كما لا يكون ميراثاً لأحد .

وبهذا يتضح أن أول أسباب الملك وجوداً هو الاستيلاء على المباح،ثم يأتي بعد ذلك نقل الملك بالعقد أو الإرث .

وتنقسم ثالثاً : الى فعلية ، وقولية ، واعتبارية شرعية .

فالسبب الفعلي هو الاستيلاء لأنه لا يتحقق إلا بالفعل ، ويحصل من كل من يقدر عليه ويستطيعه ، ولو لم يكن أهلاً للإلزام والالتزام ، فيصح من ناقصي الأهلية كالصبيان ، والمحجور عليهم والمجانين ، ويثبت الملك لهم باستيلائهم ، مع أن العقود الصادرة من هؤلاء قد تكون باطلة،أو موقوفة على إذن الولي — **والسبب القولي** هو العقد في غالب صوره ، لأن الأصل فيه أن يكون بالقول ، وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول ، كما في الكتابة أو الإشارة ، ويشترط لإثباته الملك أهلية العاقد الكاملة — أما الإرث فيثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث أو المورث ، **فهو سبب اعتباري** جعله الشارع موجباً للملك ، من غير أن يكون لأحد دخل فيه ، ولذلك يثبت للصغير والكبير ، والمميز بل يثبت للجنين في بطن أمه .

الفصل الثاني

الاستيلاء على المال المباح

قدمنا أن الاستيلاء من الأسباب المنشئة للملكية ، سواء أكان الاستيلاء حقيقياً أو كان حكمياً — غير أن الملكية لا تستقر وتبقى إلا إذا كان الاستيلاء حقيقياً لا حكمياً .

والاستيلاء الحقيقي : يكون بأخذ الشيء المباح[1] باليد ، أو بواسطة آلة أعدت لذلك، على أن يكون المستولي قريباً منه بحيث لو مد يده إليه لأمسكه، لأنه ليس بممتنع عليه ، وبهذا الاستيلاء تثبت الحيازة وتنشأ الملكية ، وتستقر باتفاق الفقهاء من غير حاجة إلى نية أو قصد .

---

١ ـ المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم ، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه ، كالماء في منابعه ، والكلأ في منابته ، والأشجار في البراري غير المملوكة ، وصيد البر والبحر .

والاستيلاء الحكمي : ما كان بواسطة الآلة وحدها ، بحيث يخرج الشيء المباح عن طبيعته وحالته الأولى ، وهذا الاستيلاء وإن كان يثبت الملكية إلا أنها تثبت على خطر الزوال، بحيث لا تستقر إلا إذا انقلب الاستيلاء إلى استيلاء حقيقي فيصبح في حيازته وغير ممتنع عليه .

ولما كانت الأموال المباحة التي لم يتملكها أحد من العباد ، ثلاثة أنواع . جماد ونبات وحيوان ، كان الاستيلاء على أنواع ثلاثة تبعاً لذلك . استيلاء على جماد ، واستيلاء على نبات ، واستيلاء على حيوان .

الاستيلاء على الجماد

الجمادات المباحة إما أن تكون أرضاً أو معادن أو ماء أو ناراً ولكل نوع من الأنواع المذكورة طريق للاستيلاء عليه وحيازته .

فأما الماء والنار فيملك كل منهما بالحيازة ، لأنه مباح في الأصل ، والمباح يملك بالإحراز، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من سبقت يده إلى مباح فهو له»، وما روى أنه صلى الله عليه وسلم . « نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه ـ لكن ملكية المباحات بالإحراز تتوقف على شرطين :

الأول: ألا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق ، فلو جمع إنسان ماء المطر في وعاء وتركه ، فليس لغيره أن يأخذه ، لأنه قد خرج عن حكم الإباحة بإحراز الأول ، وأصبح مملوكاً له .

الثاني : قصد التملك ، فلو حصل المباح في حوزة الإنسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه [1].

أولا : الاستيلاء على الأرض .

الملك في الحقيقة لله سبحانه ، ولكن الله الغنى تفضّل على عباده المحتاجين

---

١ ـ من وضع إناء فاجتمع فيه ماء المطر ، أو بني في البرية برجاً فعشش فيه الحمام بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد فكل ذلك إن كان قد أعده لهذه الغاية يملك ما يدخله وإلا فلا.

للانتفاع بمخلوقاته من الأرض وغيرها بإباحتها وتمليكها لهم إن أحيوها، واستولوا عليها ، على ما يشير إليه قوله صلى الله عليه وسلم : « الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، من أحيا أرضا مواتا فهي له » وتسمى الأرض قبل زرعها أو بنائها مواتا إذا لم يتملكها أحد من العباد ، وليست بها مرعى، ولا محتطباً لطائفة من الناس ، أو مكاناً لإلقاء القمامة ، أو وضع الأتربة أو المحصولات .

لكن الإحياء للأرض بزرعها أو بنائها وحده ، لا يفيد الملك إلا إذا توفرت شروط ، بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه . فالمتفق عليه منها :

١ ـ أن تكون خارجة عن العمران ، فالأرض الداخلة في العمران لا تعتبر مواتا ، ولا يجوز لأحد أن يتملكها ، ولو كانت غير منتفع بها بأي وجه.

٢ ـ ألا تكون مملوكة لأحد من قبل ، فالأرض التي تهدم بناؤها ، أو التي لا تنتج زرعاً لإساءة استعمالها لا تكون مباحة ، ولا يصح لأحد إحياؤها لأنها مملوكة لغيره .

ومن الشروط المختلف فيها : كون الإحياء بإذن الإمام « أي ولي الأمر » فقد قال أبو حنيفة إن الملك لا يثبت بمجرد الإحياء ، بل لا بد من إذن الإمام أو نائبه ، لأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها ، فتقع الشحناء بينهم ، فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام ، لأنه بما له من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام، فلا يأذن بشيء إلا بما ليس فيه ضرر ، ويشهد له حديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ـ وخالف الصاحبان: فقالا يكفي الإحياء أن يكون وحده سبباً للملك بدون حاجة إلى إذن من الامام ، لأن الحديث الذي ورد مبينا الطريق التي تملك بها الأرض المباحة ، لم يقيد ذلك بالإذن ، ولفظه كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها ، أن النبي صلى الله عليه قال : « من أعمر أرضاً ليست لأحد فهي له » .

والذي نرى أن الاستيلاء على الأرض المباحة كاف للتملك، إن لم تكن هناك

مظنة للتنازع والتزاحم، ولم يكن هناك منع عام من الإمام ، وأنه لابـــد من إذن الامام إن خيف التنازع والتخاصم ، وعلى ذلك فليس في مصر الآن أرض موات بالمعنى الذي عناه الفقهاء،لأن أراضيها غير المملوكة للأفراد أو الشركات، والموقوفة مملوكة للدولة ، فلها وحدها حق تمليكها لمن تشاء بعوض وبغـــير عوض[1].

ومن الشروط المختلف فيها . كون الأرض التي يراد إحياؤها بعيدة عـــن العمران ، وأجاز محمد بن الحسن والشافعي تملك الأرض التي تحيـا إذا كانت لا ينتفع بها ، وإن كانت قريبة من العمران .

ما يتحقق به إحياء الأرض :

يتحقق الإحياء بإزالـــة السبب المانع من الانتفاع بالأرض الموات ، فإن كان السبب في مواتها فساد تربتها أحياها بحرثها ، وريهـــا ، وإصلاحها ، وإن كان السبب غمرهـــا بالمـــاء فيكون إحياؤهـا بتجفيف الميـاه ، وإنشاء وسائل صرف المياه عنها ، وإقامة السدود حولها ، وإن كان السبب في مواتها عدم وصول المياه إليها، فيكون إحياؤها بإيصال المياه اليها—ويكون إحياء الأرض للبناء ، ببناء سور عليها وتقسيمها — ويرى الحنابلة أن الإحياء للأرض يتحقق بما تعارفه الناس إحياء . وهو رأي سديد ، يتفق مع القواعـد الشرعية ، خاصة وأن الحديث الوارد في الإحياء لم يربط الإحياء بفعل معين ، فإرجاع ذلك إلى العرف أفضل ، لأنه يختلف باختلاف الزمان والمكان .

فإذا لم يفعل المحيي للأرض الفعل الذي يجعل الأرض صالحة للانتفاع بها، بل وضع عليها علامة تدل على سبق يده إليها ، أو جعل عليها سوراً بوضع أحجار حولها ،أو قطع حشائشها، فلا يسمى هذا إحياء بل يطلق عليه اسم«التحجير»

---

(١)راجع بدائع الصنائع حـ ٦ ص ١٩٢ .

لأنه بفعله ذلك قد حجر على غيره إصلاح الأرض، ومنعه من إحيائها – أو سمي بذلك لوضعه حجارة حولها .

والتحجير هذا لا يثبت للمحتجر ملكاً للأرض – في القول الصحيح عند الحنفية – بل يكون فاعله أولى بإحيائها من غيره ، في مدة أقصاها ثلاث سنين من ابتداء تحجيره ، وبعدها يسقط حقه ، ويكون لولي الأمر حق أخذها منه وإعطائها غيره ، وذلك لقول عمر : ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » . وقضى عمر بهذا في خصومة رفعت إليه ، ولم ينكر عليه أحد من الحاضرين .

أما القانون المدني المصري فقد عرض لذلك في المادة (٨٧٤) ففي الفقرة الأولى منها نص على أن «الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة» – وفي الفقرة الثانية منها على أنه « لا يجوز تملك هذه الأراضي، أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » – وفي الفقرة الثالثة على أنه « إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة ، أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك وقد عدلت هذه المادة في التعديل الجديد للقانون ».

ثانياً : الاستيلاء على المعادن والكنوز الأرضية

المعدن : ما يوجد في باطن الأرض بخلق الله تعالى ، سواء كان سائلاً كالنفط أو صلباً كالذهب والفضة والنحاس والحديد .

والمعادن على أنواع ثلاثة . ١ – معادن سائلة كالزئبق والنفط .

٢ – ومعادن صلبة غير قابلة للتمدد بالحرارة كالياقوت والماس – وهذان النوعان لا يجب على المستولى عليهما شيء للدولة ، لأن هذه المعادن معتبرة كجزء من أجزاء الأرض – وإن كانت في المعنى مختلفة عنها – إلا أن المعادن السائلة

تشبه الحجر والطين والتراب والماء ،وهذه الأخيرة لا يجب فيها شيء ، فكذا ما يشبهها ، والمعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق ما هي إلا أحجار من جنس الأرض فتكون للواجد إن لم تكن الأرض مملوكة ، ولمالك الأرض إن كانت مملوكة . ٣ – معادن صلبة تقبل التمدد بالحرارة ، وتقبل الطرق كالحديد والنحاس والذهب والفضة ، وهذا النوع يجب على من استولى عليه الخمس ، لأنه لا يشبه شيئاً من أجزاء الأرض ، فيأخذ حكم الركاز [١] .

وقال الشافعية والحنابلة لا يجب فيه الخمس ، وإنما تجب فيه الزكاة فقط ، استناداً إلى قوله عليه الصلاة والسلام « العجماء جبار ، أي جرح البهيمة ،والبئر جبار[٢]، والمعدن جبار وفي الركاز الخمس » فالحديث أوجب الخمس في الركاز وهو عندهم شيء آخر غير المعدن .

لأن المعدن عندهم ما يوجد في باطن الأرض بخلق الله تعالى والركاز ما دفنه أهل الجاهلية فقط [٣].

أما معادن البحار كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ،فأوجب أبو يوسف الخمس في العنبر ، لورود الأثر بذلك ، ولم يوجب أكثر الفقهاء شيئاً في شيء منها .

وهذا الخمس الذي يأخذه الإمام من المعدن يكون لبيت المال«الخزانة العامة» ليصرف على مصالح المسلمين العامة ،وأما الأربعة الأخماس الباقية فتكون للواجد إن

---

(١) حكم الركاز شرعا أن فيه الخمس للحكومة يصرف في مصارف الصدقات لقوله عليه السلام«وفي الركاز الخمس»وأربعة أخماسه لمالك الأرض التي وجد فيها،فإن وجده في أرضه أو في أرض مباحة فأربعة أخماسه له،وان وجده في أرض مملوكة لغيره من الأهالي فأربعة أخماسه لمالك الأرض وللواجد أجرة مثل عمله .

(٢) معنى جبار أنه لاشيء فيه للدولة ـ وإنما وجبت فيه الزكاة لعموم الأدلة الواردة في الزكاة .

(٣) الركاز مأخوذ من الركز أي الوضع في الأرض سواء أ كان الخالق أو المخلوق .

كانت الأرض التي وجد فيها المعدن غير مملوكة لأحد ، وتكون لمالك الأرض إن كانت في أرض مملوكة .

الكنز :

هو ما دفنه الناس في الأرض من الأموال ، سواء كان ذلك في الجاهلية أو الإسلام **والكنز نوعان : إسلامي، وجاهلي .**

فالاسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام، كالدراهم المكتوب عليها لا إله إلا الله، محمد رسول الله، أو اسم خليفة ، أو ملك مسلم أو غير ذلك من علامات الإسلام .

وحكمه : (عند الحنفية) أنه لا يعد من الأموال المباحة ، بل يبقي على ملك صاحبه ، فلا يملكه من يجده ، إنما يأخذ حكم اللقطة[1] فيجب تعريفه ، والإعلان عنه ، فإن وجد صاحبه أو ورثته سلمه إليهم الواجد ، فإن لم يعرف له صاحب ، حفظه ، أو تصدق به واجده على الفقراء ، ويجوز له أن ينتفع به لو كان فقيراً — ويرى بعض الفقهاء أنه إذا عرف الواجد مدة كافية ،ولم يظهر له صاحب يكون من الجائز له أن يمتلكه وينتفع به ، إلا أنه إذا ظهر صاحبه بعد ذلك وجب عليه رده إليه ، إن كان موجوداً ، ورد قيمته إليه إن لم يكن موجوداً .

أما الكنز الجاهلي : فهو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام ، كالدراهم المنقوش عليها صورة صنم أو وثن ، او اسم ملك من ملوكهم ونحو ذلك **وحكمه** : أن الفقهاء لم يختلفوا في أنه يجب خمسة لبيت المال «الخزانة العامة » — أما الأربعة الأخماس الباقية ففيها رأيان فبعض الفقهاء يقول : إنها تكون للواجد سواء كانت الأرض مملوكة أم غير مملوكة ، والبعض الآخر قال:

---

١ ـ اللقط رفع الشيء من الأرض ،واللقطة هي المال الضائع الذي لا يعرف صاحبه ويجده غير مالكه .

إنها تكون للواجد إذا عثر على الكنز في أرض غير مملوكة ، أو في أرض ملكها بالإحياء ، تكون لأول مالك لها في الإسلام ، أو لورثته إن عرفوا ، فإن لم يعرف واحد منهم يكون لبيت المال ، ولا يكون للواجد ، ولا لمالك الأرض الحالي شيء .

فاذا لم يوجد على الكنز ما يدل على أنه إسلامي أو جاهلي، فقد قال متقدمو الحنفية إنه يعتبر جاهلياً ، لأن أكثر ما يوجد من الكنوز لأهل الجاهلية . وقال متأخروهم إنه يعتبر إسلامياً لتقادم العهد بالإسلام ، فيغلب على الظن أنه دفن بعد الإسلام .

٣ ـ الاستيلاء على النبات المباح « الكلأ والآجام »

الكلأ : هي الحشائش التي تنبت بطبيعتها بغير زرع أحد لها لترعاها الإبل وغيرها .

والآجام : هي الغابات والأشجار الغليظة .

وحكم الكلأ : أنه إما أن ينبت في أرض مملوكة ملكاً خاصاً ، أو غير مملوكة لأحد ، فإن كانت مملوكة فإما أن يكون صاحبها قد أعدها لإنبات الكلأ ،فقام بسقيه والعناية به أو لا :

فإن كانت غير مملوكة لأحد ونبت فيها الكلأ ، فهو مباح لكل الناس أن يأخذوا منه ولا تزول هذه الإباحة إلا بالاستيلاء عليه وإحرازه ، ومتى أحرز صار مملوكاً لمن أحرزه واستولى عليه ، ودليل ذلك قوله عليه السلام : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار »[1] .

---

١ ـ النار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علواً،وليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لأن النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها ـ أما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه ، فله حق المنع كسائر أملاكه ـ ثم إن النار المباحة إن كانت موقدة في الأخشاب والأحطاب المباحة ؛ يجوز لكل إنسان أن ينتفع بها بأي انتفاع يريد . سواء كان بالاقتباس أم بالتدفئة . أما إن أرقدها إنسان في موقده ، فليس لأحد الاقتباس منها وإنما له حق التدفئة فقط .

وأما إن كانت الأرض مملوكة ، ولم يكن صاحبها قد أعدها وهيأها لإنبات الكلأ ولم يقم بسقيه والعناية به . فيكون مباحاً أيضاً للناس جميعاً ، لكل واحد منهم أن يأخذ منه ما يريد ، وليس لصاحب الأرض أن يمنعهم من النزول في أرضه ، فإن منعهم من دخول ملكه قيل له إما أن تبيح لهم الدخول في ملكِكَ أو تخرجه إليهم ،وهذا إذا لم يجد المحتاج إلى الكلأ كلأ آخر في أرض غير مملوكة، فإن كان فلا يجبر صاحب الأرض على شيء من ذلك .

أما إذا كان الكلأ قد نبت في أرض مملوكة ، بإعداد وتهيئة من مالكها ، وبالعناية له بالسقي ليكون مرعى لماشيته . فذاك محل اختلاف الفقهاء . فأكثر الفقهاء على أنه لا يكون مملوكاً لصاحب الأرض . وإنما هو مباح للناس جميعاً ، لهم الأخذ منه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك كما في الحالة السابقة ، لعموم الحديث « الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والكلأ والنار » ، ولأن النبات نماء البذر ، والبذر ليس مملوكاً لأحد ، فنماؤه وهو الزرع يكون باقياً على الإباحة الأصلية .

وذهب متأخرو الحنفية إلى أنه يعتبر ملكاً لصاحب الأرض ، يجوز له بيعه ، ومنع الناس منه ، لأنه بإحراز الأرض وملكها يعتبر محرزاً ومالكاً للكلأ تبعاً لها ، ولأنه حيث أحياه بالسقي والعناية خرج من باب الإباحة ، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي .

حكم الآجام :

إن كانت الأرض غير مملوكة تعتبر الأشجار التي فيها مباحة ، لكل واحد من الناس الاستيلاء عليها ، وأخذ حاجته منها ، ولا يمنعه أحد من ذلك إلا إذا أحرزها ، وصارت ملكاً له ، فتكون كسائر أملاكه .

وإن كانت الأرض مملوكة ملكاً خاصاً . فلا تكون أشجارها مباحة ، إنما

تكون ملكاً لصاحب الأرض ، فلا يجوز لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا إذا أذن له مالك الأرض . سواء كان مالك الأرض أعدها للتشجير أو لم يعدها [١] .

٤ الاستيلاء على الحيوان المباح

الحيوان إما أن يكون في حالة لا يمكن أخذه والاستيلاء عليه إلا بحيلة ، فيكون ممتنعاً عن الإنسان : لطيرانه في الهواء ، أو لغوصه في الماء ، أو لاختفائه في الغابات لكونه متوحشاً ، وإما أن يكون في حالة لا يمكنه معها الامتناع ، كالحيوانات المستأنسة من الإبل والغنم ونحوها .والحيوان في الأصل نوعان نوع يعيش في البحر ، ونوع يعيش في البر – أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان يحل صيده كما أنه يحل أكله إلا ما طفا من السمك ، عند الحنفية . وقال بعض الفقهاء أن ما سوى السمك كالضفدع وحية الماء وكلبه ونحو ذلك يحل بالذكاة ،وقال بعضهم يحل جميع ما في البحر من غير ذكاة ، وأخذه ذكاته .

أما الذي يعيش في البر فأنواع ، بعضها يحل صيده وأكله ،والبعض لا يحل .

والحيوان إذا لم يكن مملوكاً لأحد فإنه يعد من الأموال المباحة ، فلكل إنسان أن يتملكه بالاستيلاء عليه ، ما لم يكن الحيوان في الحرم [٢] ، فإنه لا يحل صيده ، ولا يملكه من صاده إذا استولى عليه ، سواء كان الصائد مُحرِماً أو حلالاً ، ومن يصيده يجب عليه إرساله إن لم يكن محرماً ، ويجب عليه جزاء خاص إن كان محرماً .

---

١ – التفرقة بين الكلأ والآجام واضح في هذا الحكم ، لأن الأرض لا تقصد عادة لاستنبات الكلأ ، كما لا تقصد لما فيها من الكلأ ،وليست الآجام كذلك، لأن الأرض تقصد لاجامها وتشتري لما فيها من أشجار وغابات ، أو لما عساه أن ينبت فيها من الشجر . فلذا كانت الاجام تابعة للأرض . فتخرج عن الإباحة بملك الأرض المشتملة عليها .

٢ – الحرم هو الدائرة التي تحيط بالكعبة من الأراضي .

ولا يملك إنسان الحيوان المباح صيده إلا بالاصطياد والاستيلاء ، وإذا ملكه لا يجوز لغيره أن يأخذه ، فإن أخذه وجب عليه أن يرده إليه .

ثم إن الاستيلاء على الحيوان نوعان : استيلاء حقيقي ، واستيلاء حكمي .

أما الاستيلاء الحكمي : فيكون باستعمال وسيلة للصيد لإخراجه عن صفة الامتناع بحيث يمكنه وضع يده عليه بالفعل أو بالقوة ، كمن يضع شبكة فيتعلق بها صيد ، أو كمن يضرب الصيد بسلاح فيحدث به جرحاً يمنعه عن الفرار ، أو كمن حفر حفرة فوقع فيها صيد ولم يستطع الخروج منها [1] .

ولا يثبت الملك بهذا النوع من الاستيلاء إلا بشرطين : **أحدهما :** أن يقصد المستولي الصيد بهذا العمل الذي يعمله للاستيلاء ، فإن قصد شيئاً آخر غير الصيد لم يصر الصيد ملكاً له ، إلا إذا حضر وأمسك الصيد بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه .

وثانيهما : أن يكون العمل معجزاً للصيد عن الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية التي كان عليها بحيث لا يحتاج في أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

فمن وضع شبكة فتعلق بها صيد لا خلاص له فهو لناصب الشبكة ، ومن وضع شبكة لأجل تجفيفها فوقع فيها صيد لم يكن ملكاً لواضع الشبكة إلا إذا أخذه ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده أخذه .

أما إذا أعد الشخص بركة لصيد السمك ، فإن كان الماء كثيراً بحيث لا يمكن أخذ السمك الموجود فيها إلا بحيلة ، فلا يكون السمك الموجود في البركة ملكاً لصاحبها ، حتى لو صاده غيره ملكه — وإن كان الماء قليلاً بحيث يستطيع أخذ السمك منه باليد كان ملكاً له فلا يجوز لغيره أخذه .

---

١ - إذا عشش الطير وأفرخ في بستان لم يعده صاحبه لتربية الطيور فإنه إذا اصطاد منه إنسان شيئاً ملكه ، ومثله في الحكم السمك في السواقي والابار المملوكة للأهالي ، فإن أعدها أصحابها لتربية الطيور والأسماك كانت هذه الحيوانات ملكاً لأصحابها كبقية حيواناتهم الداجنة فلا يجوز لأحد اصطيادها .

والاستيلاء الحقيقي : يكون إمساك الصائد الصيد باليد ، أو باقتراب الصائد منه وهو في مصيدته بحيث لو مد يده إليه لأمسكه ، وهذا النوع لا يحتاج تملكه إلى نية وقصد إلى الصيد ، وحكمه أن يثبت به الملك مستقراً ، حتى إن الصيد إذا انفلت من صائده بعد الاستيلاء عليه استيلاء حقيقياً لم يخرج عن ملكه ، فلو أخذه غيره لا يملكه ، لأنه باستيلاء الصائد عليه خرج عن إباحته الأصلية . فيجب على من أخذه أن يرده إلى مالكه الأول ، إن كان به علامة تدل عليه ، فإن لم يكن به علامة كان من قبيل اللقطة ، فيجب التعريف عنه لكي يأخذه صاحبه .

ومذهب المالكية أنه يشترط استئناس الصيد عند صائده الأول لعدم زوال ملكه ، أما إذا لم يستأنس عنده، وفرّ منْه فإنه يزول ملكه عنه ، حتى إذا صاده شخص آخر ملكه بالصيد .

فالاستيلاء الحكمي لا يثبت الملك مستقراً كالحقيقي ، ولهذا إذا انفلت الصيد من الشبكة ، قبل أن يجيء صاحبها إليها ، يكون مباحاً لغيره أن يصيده ، ويملكه بهذا .

فإذا أرسل الصائد الصيد باختياره بعد أن استولى عليه . فلا يخرجه ذلك عن ملكه في رأي بعض الفقهاء ، لأن الملك متى ثبت لا يزول إلا بسبب ناقل للملكية ؛ وليس الترك منها ، فإذا أخذه شخص غيره لم يملكه ، ويجب عليه رده لمالكه الأول عند طلبه ، غير أن آخذه يجوز له أن ينتفع به إلى أن يطلبه ، وقال بعض آخر : إنه يخرج بإرساله عن ملكه ويعود أمره إلى الإباحة كما كان قبل صيده ، فإن صاده إنسان آخر بعد ذلك ملكه بصيده له ، لأن قرب عهده بالإباحة سوغ له ذلك ، ولأن الصيد قد لا يكون فيه فائدة للمستولي عليه أولاً ، بينما يكون غيره في أشد الحاجة إليه . وعلى هذا القول سار القانون المدني المصري .



الفصل الثالث

حقوق الارتفاق

قدمنا أن هذه الحقوق هي النوع الثالث من الحقوق التي تترتب على تملك الأموال ، وانها من أنواع الملك الناقص ، لأن صاحبها لا يملك التصرف المطلق فيها – وهي شرعاً حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر – وهذه الحقوق هي حق الشِّرْب ، وحق المرور ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، أما حقوق الجوار فليست من حقوق الارتفاق ، لأنها من قبيل الحق المقرر لشخص على شخص . فهي حقوق متبادلة بين الجيران بعضهم مع بعض لتنظيم الانتفاع بأملاكهم .

أولاً : حق الشّرب

الشِّرْب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء ، قال تعالى : « قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ » وفي الآية دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام [1] . وهو شرعاً : النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر – ويلحق بحق الشِّرب حقٌّ آخر يسمى « حق الشَّفَه » وهو حق شرب الإنسان والدواب .

أنواع المياه :

المياه على أربعة أنواع : الماء الذي يكون في الأواني والظروف – والماء الذي يكون في الآبار والحياض – والماء الذي في الأنهار الصغار التي تكون لقوم مخصوصين معينين – والماء الذي يكون في الأنهار العظيمة .

---

١ – لان الله سبحانه وتعالى أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه السلام مثل ذلك ، ولم يعقبه بالنسخ فصارت شريعة للمسلمين مبتدأة .

١ – **الماء الذي يكون في الأواني والصهاريج الخاصة** ، ويسمى ماء **محرزاً** ، وحكمه أنه مملوك لمن أحرزه ملكاً تاماً ، لأنه ماء مباح سبقت يد المحرز إليه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « من سبقت يده إلى مال مباح فهو له ، لغير مالكه أخذ شيء منه بدون إذنه ،إلا إذا كان مضطراً فيأخذه بقيمته ،لأن المضطر لا يبطل حق الغير باضطراره .

فإن خاف شخص الهلاك على نفسه من العطش فسأل صاحب الماء المحرز وطلب منه إعطاءه فمنعه المالك ، فإن لم يكن عنده فضل ماء عن حاجته فليس له أن يقاتله أصلاً ، لأنه هذا دَفْعُ الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره لا بقصد إهلاكه ، وهذا لا يجوز – وإن كان عند صاحب الماء فضل ماء عن حاجته فللمنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل ، لكن بما دون السلاح ، فهو مثل ما إذا إصابته مخمصة ، وعند صاحب طعام فضل طعام فسأله فمنعه ، وهو لا يجد غيره .

ومتى ثبت حق الشرّب لشخص لا يجوز منعه من استيفائه،وهو لا يثبت إلا إذا كان قديماً « والقديم هو الذي لا يعرف الجيران مبدأه »– وإذا سقى شخص أرضه سقياً معتاداً فسال الماء فيها بدون تعديه إلى أرض الغير ، وترتب عليه تلف الزرع فلا ضمان عليه ، وإن كان السقي أكثر من المعتاد فعليه الضمان .

٢ – **الماء الذي يكون في العيون والآبار** وحكمه أنه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لا يكون مملوكاً لصاحبه ، لأن الماء في الأصل خلق مباحاً وشركة بين الناس بالحديث ، والشركة العامة تقتضي الإباحة ، كما أنه لا يكون مملوكاً لأحد ، لكن يصير مملوكاً للمستولي عليه إذا جعله في إناء ونحوه، وليس له أن يمنع الناس من الشَّفَه « وهو الشرب بأنفسهم وسقى دوابهم » منه ، لأنه مباح،وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم« نهى عن منع نبع البئر» «وهو فضل مائها الذي يخرج منها ، فلهم أن يستقوا منها لشفاههم ودوابهم – فأما

لزرعهم وأشجارهم فلصاحبها أن يمنع من ذلك، لما في الإطلاق من إبطال حقه أصلاً - فإن كان ذلك في أرض مملوكه، فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه، إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا غيره ، لأن الدخول إضرار به من غير ضرورة ، فله أن يمنع الضرر عن نفسه، فإن لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال لصاحب الأرض إما أن تأذن بالدخول، وإما أن تعطى الماء بنفسك، فإن لم يعطهم، ومنعهم من الدخول لهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم، فقد روى أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلواً فأبوا ، فقالوا لهم أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح[1].

٣ - الماء الذي يكون في الأنهار المملوكة لجماعة معينين

وذلك كالترع التي يحفرها أشخاص في أرض مملوكة لهم ، لتأخذ المياه من الأنهار العامة ، فيسقون منها أراضيهم ، وكذلك المياه التي تنبع من عين أو بئر حفرت في أرض مملوكة لشخص أو أشخاص ، ويسمى الشِّرْب الخاص » .

وحكم هذا النوع : أنه لا يجوز لغير الشركاء أن يسقي منه أرضه إلا برضا أصحابه ، ولكن يجوز التناول بالشفه ، ما لم يضر ذلك ضرراً بيناً ، كمنع المياه من الوصول إلى الأرض ، أو تخريب الجسور ونحو ذلك ، وإلا منع .

وانتفاع الشركاء بمياه هذا النوع ، يكون على حسب المتفق عليه ، فلا يجوز لأحدهم أن يغير شيئاً مما اتفقوا عليه بدون رضا الآخرين ، فلا يشق جدولاً ، أو يرفع ساقية ونحوها من مكانها ، ولا يستوفى أكثر من حقه من الماء ، ولا يحدث آلة رافعة إلا إذا كانت بطن النهر وحافته التي توضع عليها الآلة الرافعة ملكاً له ، بشرط ألا يضر ذلك بأحد .

---

١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني جـ ٦ ص ٨٩ .

فإن لم يكن بينهم اتفاق على كيفية الانتفاع قسمت المياه عليهم بنسبة الرقعة الزراعية ، وهذا التقسيم إما بالزمن بأن تأخذ كل جهة أياماً محددة ، وكل واحد ساعات معينة ، وأما بتقسيمه بأن يفتح كل واحد فتحة في الترعة على حسب مقدار أرضه ، أو بالعدّاد بأن تأخذ كل جهة أمتاراً مكعبة من المياه معلومة المقدار .

ومن الشرّب الخاص : مياه الآبار والسواقي المحفورة في ملك الأهالي . فهذه تعطى الأحكام السابقة ،وإذا منع أصحابها الناس من الدخول في أرضهم لاستيفاء حق الشفه ،بدون أن يترتب على هذا الدخول ضرر لأصحاب الأرض ،ولا للمياه ، خيّرهم الحاكم بين أن يدخلوا الناس ، ويدخلوا دوابهم ، وبين أن يخرجوا المياه إلى الطريق العام للسقيا .

وإذا أباح ملاك هذا القسم لشخص سقى أرضه من مياه شربهم ، جاز لهم منعه ، إن لم يكن قد اكتسب هذا الحق بتقادم الزمان ،لأنهم متبرعون ،والمتبرع له حق الرجوع في أي وقت شاء .

وإذا باع صاحب النهر المملوك جزءاً من أرضه التي تروى منه مع شِرْبها ، أو بشرط أن تستقي من الترعة ،ففي هذه الحال يتقرر للأرض المبيعة حق شِرْب على المجرى المملوك للبائع .

٤ – الماء الذي يكون في الأنهار العامة الكبيرة

ويسمى هذا النوع « الشرّب العام » وذلك كمياه نهر دجلة ، والفرات ، والنيل ، والليطاني ، ونهر الأردن ، وحكم هذا النوع أنه يجوز لكل إنسان أن ينتفع به أي انتفاع شاء . فله أن يسقي أرضه ودوابه ، وأن ينصب عليه آلة رافعة بخارية أو غير بخارية ، وأن يشق منه جدولاً يوصل المياه إلى ملكه ، إلى

غير ذلك من وجوه الانتفاع، بشرط ألا يكون فى ذلك ضرر بين لعامة الناس[1]، فإن كان منع، كما إذا ترتب عليه تخريب الجسور أو قلة المياه قلة لا تسمح بسير السفن فتتعطل المصالح التجارية وغيرها .

ومياه هذا النوع تقسم على الأراضي بنسبة أراضيهم الزراعية كما قدمنا في النوع الثالث .

هذا وحق الشرّب لا يصح التصرف فيه مستقلاً ببيع ولا رهن ولا هبة ولا إجارة ولا غير ذلك، إلا أنه يورث ويوصي به، لأن الميراث أمر حكمي جبري يفيد تملك الوارث رغم إرادته، ما تركه المورث له من الأملاك، والوصية لكونها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تلحق بالميراث في حكمه، أما إذا كان التصرف في الشرب تابعاً للأرض فإنه يصح مطلقاً[2] .

وعن بعض الحنفية وأحمد بن حنبل القول بجواز التصرف فيه مستقلاً، بسائر التصرفات الشرعية، ولا يدخل الشرّب في البيع إلا بالتسمية صريحاً، أو بذكر ما يدل عليه بأن يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها .

ثانياً — حق المجرى

هو أن يكون لشخص حق إجراء المـــاء في ملك الغير ليصل إلى ملكه، فيسقي زرعه أو شجره، وهذا الحق كما يبدو من تعريفه تابع لحق الشرب، لأن الشرب يحتاج استيفاؤه إلى مجرى يمر فيه الماء إلى الأرض التي يراد سقيها .

---

١ ـ سئل أبو يوسف صاحب أبي حنيفة عن نهر مرو « وهو نهر عظيم » : أحيا رجل أرضاً كانت مواتا فحفر لها نهراً فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد، فساق الماء إليها من ذلك النهر ـ فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك، وان كان لا يضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه .

٢ ـ يجوز أن يجعل الشيء تابعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كأطراف الحيوان .

وهذا الحق متى ثبت لعقار كان لمالكه حق إجراء الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره في ذلك المجرى ، وليس لمالك الأرض التي يمر فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء ، كما لا يكون له أن يمنعه من المرور عليه بنفسه للإشراف على الماء ، أو إصلاح المجرى بإزالة معوقات الماء ، فإذا منعه صاحب الأرض فإنه يلزمه أن يقوم بالإصلاح الذي يتطلبه المجرى .

وإذا لحق صاحب الأرض التي يمر فيها المجرى ضرر كنَزِّ الماء في أرضه: وجب على من له حق الشرب من المجرى إزالة هذا الضرر ، إما بتعميق المجرى أو بتقوية جانبيه ، أو بتقليل كميه المياه دفعاً للضرر .

هذا ونفقات إصلاح المجرى على من له حق الشرب ، لأنه هو الذي ينتفع بإجراء الماء فيه فيكون إصلاحه واجباً عليه ، لأن الغرم بالغنم .

ثالثاً : حق المسيل :

هو أن يكون لشخص حق إسالة المياه ، أي تصريفها في ملك غيره ، لتصل إلى المصارف العامة .

فالمسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب في باطنها لتصرف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير صالحة للري ، كمصارف الأراضي الزراعية ، أو مصارف المياه التي سقطت على هيئة أمطار على سطح المنازل ، أو استعمال الناس.

والفرق بينه وبين المجرى . أن المسيل لصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة ، صالحة أو غير صالحة — والمجرى لجلب المياه الصالحة للاستعمال .

وحكم المسيل : أنه لا يصح أن يمنع صاحب هذا الحق من استيفائه إلا إذا كان في عدم المنع ضرر بين ظاهر ، كما إذا كان لشخص في طريق عام أو خاص مسيل قذر يتأذى به المارة ، فإنه تجب إزالته ، ويمنع صاحبه من استيفائه إزالة للضرر عن المارين ، لأن الضرر يزال شرعاً ، ولو كان قديماً — ولا يثبت هذا الحق

بالإباحة ، كما لا يبطل بتغير صفة الانتفاع أو المنتفع ، كما إذا صارت الأرض الزراعية مصنعاً أو منزلاً أو عكس ذلك . ونفقات إصلاح المسيل على من يكون له حق الانتفاع به سواء كان المنتفع صاحب الحق أو غيره ، وإذا كان إصلاح المسيل يحتاج إلى الدخول في أرض من يجري المسيل في أرضه أو داره ، كان له الدخول لإصلاحه ، ولا يجوز للمالك أن يمنعه من ذلك ، فإن منعه ألزم بإصلاحه من ماله ، ولا يرجع بشيء على المنتفع .

رابعاً : حق المرور :

هو أن يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ، ليصل إلى ملكه سواء كان ملك هذا الغير داراً أو أرضاً زراعية ، ومن ثبت له هذا الحق يجوز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر — فإذا كان لشخص حق المرور بعربته أو دوابه في ملك غيره ، فلا يكون لصاحب الملك منعه من استيفائه ، فإن زاد عما ثبت له منع من الزائد.

ولما كان هذا الحق يتعلق بالطريق ، نبين أنواع الطرق وحكم كل منها .

الطريق إما عام وإما خاص :

١ — **فالطريق العام** وهو الذي لا يكون مملوكاً لأحد، وحكمه :

ا — أنه يثبت لكل إنسان حق المرور فيه ، سواء كان له عقار يتصل به ويقع على جانبيه أو لم يكن — لأن الطريق العام قد جعل لارتفاق جميع الناس ، فلا يتقيد الانتفاع به إلا بعدم الإضرار بالغير . فلا ينتفع به إلا في حدود الدائرة المخصصة للطريق .

ب — يثبت لمن كان له عقار على أحد جانبي الطريق العام فتح أبواب ونوافذ . دون اعتراض من أحد على ذلك ، يستوى في ذلك الإنشاء والإعادة .

أما إنشاء ظلة ، أو مصطبة ، أو بلكون ، أو وضع عروض للتجارة فإن كان

ذلك يلحق ضرراً بالمصلحة التي أعد لها الطريق ، وأهمها المرور فهـذا ممنوع اتفاقـاً . فإن كان لا يترتب ضرر على شيء من ذلك ، فيجوز بشرط إذن ولي الأمر عند أبي حنيفة ، فقبل إذنه لكل واحد من الناس منعه من إحداثـه ، وتكليفه برفعه إذا أحدثه ، لأن هذا حق الإمام ، ولكل واحد منع من يتعدى على حقه .

وقال الصاحبان بعدم اشتراط إذن الامام فأجازوا له إحداث ما ذكر لعدم الضرر– والراجح هو ما ذهب إليه أبو حنيفة ، لأن الطريق العام جعـل لمنفعة العامة ، فليس لواحد منهم أن يفعل شيئاً زائداً ، لأنه يكون قد استوفى حقاً زائداً عما ثبت له ، ولأن هذا الأمر يختلف الناس في تقدير الضرر فيه ، وعدمه فمنعا للخلاف والنزاع بينهم يرجع إلى ولي الأمر لاستئنذانه .

٢ – **الطريق الخاص** : هو الذي يكون مملوكـاً لشخص أو أشخاص ، وأحكامه هي :

ا – حق المرور وفتح الأبواب والنوافذ بلا قيد ولا شرط لأصحابه ، حتى إن من سد باباً للعقار الواقع على طريق خاص يملك هو ومن يأتي بعده من الورثة أن يفتحه في أي وقت شاء ، ولا يبطل حقه في ذلك .

ب – لا يجوز لأحد الشركاء بناء ظله ، أو دكان على الطريق الخاص إلا بإذن باقي شركائه ، سواء أكان في ذلك ضرر أم لا .

حـ – إذا كان الطريق الخاص نافذاً وأذن أصحابه للعامة بالمرور فيـه ، لا يكون لهم حق منعهم بعد ذلك ، لأن حق العامة في المرور متى ثبت لا يملك أحد إبطاله .

ء – إذا كان الطريق الخاص غير نافذ أو نافذاً وأراد أصحابه سده بإقامة

باب عليه ، فلا يملكون ذلك ، لأن العامة قد ثبت لهم فيه حق : هو اللجوء إليه إذا ازدحم الطريق العام ، أو وقعت فيه حادثة تعيق المرور فيه ، فيجب احترام هذا الحق ، وأيضاً ليس لأصحاب الطريق الخاص إزالته ، ولا بيعه ولا قسمته بينهم إلا في حالة ما إذا كانوا قد وضعوا عند بدء إنشائه باباً يغلق ، يمنع غيرهم من الدخول فيه ، فحينئذ يجوز لهم ذلك .

حق الجوار :

جعلت الشريعة الإسلامية للجوار من الحقوق وحسن المعاملة ، ودوام المجاملة ما لم تجعله لغيره لشدة الارتباط الذي اقتضاه الاشتراك في كثير من المرافق الدنيوية ، وتبادل المنافع بين الجيران ، ومراعاة تلك الحقوق والواجبات من أمهات المفاخر التي حث عليها الشرع الشريف ، ودعا إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في أحاديث نبوية كثيرة ، وطلب التحلي بحلاها ، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقوله : « لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه » وقوله في مقام الإرشاد والدعوة إلى مكارم الأخلاق بالحكمة والموعظة الحسنة . « أتدرون ما حق الجار ؟ إن استعان به أعنته ، وإن استنصرك نصرته ، وإن افتقر عدت إليه ، وإن مرض عدته ، وإن مات تبعت جنازته ، وإن أصابه خير هنأته ، وإن أصابته مصيبة عزيته ، ولا تطل عليه بالبنيان فتحجب عنه الريح إلا بإذنه ، وإن اشتريت فاكهة فأهده فإن لم تفعل فأدخلها سراً ، ولا يخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده ، ولا يؤذه بقتار « رائحة » قدرك إلا أن تغرف له منها » ثم قال : « أتدرون ما حق الجار ، والذي نفس محمد بيده لا يبلغ حق الجار إلا من رحمه الله » — وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن فلانة تصوم النهار ، وتقوم الليل ، وتؤذي جيرانها ، فقال : « هي في النار » ، وقال عليه السلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » .

أنواع الجوار :

ينقسم الجوار إلى نوعين جوار رأسي، وهو المسمى بحق التعلي – وجوار جانبي ويسمى الجوار المطلق .

١ – **فأما الجوار المطلق** أو الجانبي . فهو الناشيء عن ملاصقة الحدود .

ولم يختلف أحد من الفقهاء في أنه يجب على الإنسان أن يكرم جاره ويساعده ويغار عليه كما يغار على عرض نفسه، وبالأولى يجب عليه ألا يعمل ببنائه أو غيره عملاً يضر الجار ضرراً بيّنا لا يحتمل عادة ، وهو الذي يمنع الحوائج الأصلية « أي المنافع المقصودة » كمنع الضوء والهواء بالكلية ، بأن يبني بناء يسد به نوافذ جاره ، أو يجعل شبابيك مقر رجاله في داره الحدثة أمام شبابيك مقر نساء جاره القديم ، أو يحدث مصنعاً أو يضع آلة بخارية وسط منازل السكنى تقلق راحة السكان ، وتوهن مبانيهم ، أو يحفر بالوعة أو مجرى أو مسيلا أو ما شاكل ذلك بجوار بناء جاره ، إذا كان في إحداثه ضرر للبناء .

أما الخلاف بينهم فهو في أن هذا الحق يثبت ديانة وقضاء، على معنى أنه إذا تصرف في ملكه تصرفاً يضر بملك جاره ضرراً فاحشاً كان آثماً فيما بينه وبين الله تعالى ، وكان لجاره أن يرفع الأمر إلى القاضي ليمنعه من هذا التصرف ، ويلزمه بضمان الضرر الناشيء عن فعله سواء أكان هذا الضرر مباشراً أم بطريق التسبب .

فقال الشافعي والحنابلة ومتقدمو الحنفية : إن الجار لو تصرف في ملكه تصرفاً مضراً بجاره ضرراً فاحشاً يكون آثماً فيما بينه وبين الله تعالى ، وأنه لا حق للجار أن يقيد تصرفات جاره في ملكه ، فمن حفر بئراً في ملكه أو أنشأ بالوعة بجوار جدار جاره ، أو فتح نوفذ وأبواباً تجرح جاره فليس للقاضي أن يمنع المالك من فعل شيء من ذلك في ملكه ، لكن ديانة يجب على الجار ألا يَضُرَّ

بجاره ، حتى تتحقق الألفة والمودة ، وتقوى المحبة بين الناس ، وحتى يعيش الناس في سلام .

وقال المالكية ومتأخرو الحنفية إن هذا الحق يثبت للجار ديانة وقضاء ، فإذا تصرف جار بملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً فللجار أن يرفع الأمر إلى القاضي ، ليمنعه ويلزمه بالضمان .

وحد الضرر الفاحش الذي يمنع منه الجار : كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يكون سبباً في هدم البناء أو وجود وهن فيه كأن يتخذ في داره طاحونة ، ويثبت بالدليل أن دوران الطاحونة يوهن بناء الجار ، أو يحفر بئراً بجوار حائط جاره ، فيسقط الحائط.

والحق أن الضرر ليس له حد في ذاته ، لأنه من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأمكنة والأزمنة ، فقد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة لبعض الأشخاص ، وليس كذلك بالنسبة للآخرين ؛ وقد يكون فاحشاً في مكان أو زمان دون آخر ، فمثلاً قد يعتبر صوت الآلات المرتفع، والمصانع التي لها دوي عند دوران آلاتها ينشأ عنه ضرر فاحش بالنسبة لبعض الناس كالطلاب والمفكرين والقضاه ، غير ضرر بالنسبة لغيرهم ممن يشتغلون بالأعمال اليدوية ، ومن هنا كان في ترك تحديد الضرر الفاحش من غيره إلى العرف أفضل فيكون ما اعتبره العرف فاحشاً يمنع من مباشرته الجار ، وما لم يعتبره ضرراً أو كان ضرره يسيراً يجوز له فعله ولا يمنع منه .

هذا ومن أحدث لنفسه ضرراً كما إذا جعل شبابيك مقر نسائه أمام مقر رجال دار جاره ، أو بنى بناءه في مهب الريح من جهة بيدر قديم فلا يؤمر جاره بإزالة الضرر عنه ، بل إذا تضرر هو فعليه إزالة الضرر عن نفسه .

كما أنه ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة بناء أو نحوه على حدود ملكه ليكون فاصلاً بين ملكيهما ، بل على من يريد ذلك أن يحدثه من ماله .

وقد سار القانون المدني المصري الجديد على ذلك ففي المادة (٨٠٧) .

١ – على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره.

٢ – وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والفرض الذي خصصت له ،ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق في طلب الازالة ».

٢ – الجوار الرأسي « حق التعلى »

هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بعلوه على سفل لآخر ، إذ كثيراً ما يكون العلو مملوكاً لشخص ، والسفل مملوكاً لآخر . ويتصور ذلك في حالة ما إذا باع صاحب الدار العلوى منها فقط دون السفلى ، وهذا جائز شرعاً،لأن المبيع عبارة عن البناء القائم ، وهو مال متقوم مملوك ، مقدور التسليم ، ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذي هو ملك لصاحب السفل إذ هو من متممات دوره ، لأن الدور اسم للبناء المسقوف، كما أنه لا يصلح بناء السفل للسكن إلا بسقفه .

ومعنى ثبوت حق القرار : أنه كلما انهدم العلو جاز لصاحبه تجديده ، وقد اختلف في حكم جواز الزيادة على البناء الأصلي ، سواء كان في الارتفاع أو في عدد الحجر ، فقال بعض الفقهاء لا تجوز مطلقاً إلا بإذن صاحب السفل أي سواء كانت الزيادة مضرة بالسفل أم لا ، وسواء وافقت الرسم المعتاد أم لا . وقال بعضهم تجوز مطلقاً إن لم يكن فيها ضرر ، وفصّل آخرون فقالوا إن وافقت الرسم المعتاد ، ولم تضر جازت ولو بدون رضا صاحب السفل ، لأن حالة المباني تختلف باختلاف الزمان والمكان ، وإن لم توافق الرسم المعتاد لا تجوز إلا

بإذن صاحب السفل ولو لم تضر ، إذ ربما يكون في الزيادة حينئذ تشويه منظر الدار .

أما الحقوق التي لكل من صاحب السفل على العلو، وصاحب العلو على صاحب السفل فهي: أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالآخر ضرراً محققاً إلا بإذنه ، كأن يحدث صاحب السفل بالوعة ، أو بئراً أو قناة بجوار الحائط ، أو يفتح نافذة أو أكثر ، أو يكسر خشبة من السقف أو نحو ذلك من التصرفات التي يترتب عليها عادة انهدام البناء أو وهنه ، لأن في ذلك ضرراً بصاحب العلو ، إذ يقصر أجل بناء دوره ، وكأن يدق صاحب العلو دقاً شديداً على السقف ، فيتساقط التراب على صاحب السفل ، وعلى أمتعته ، أو أن يضع كثيراً من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يحتمله عادة أو نحو ذلك .

ومن الحقوق التي لصاحب السفل على العلو ستر مبانيه من تأثير الشمس والأمطار ، كما أن لصاحب العلو حق القرار المذكور — ويترتب على ذلك: أنه لا يجوز لأحدهما أن يهدم بناءه تعدياً للإضرار بالآخر ، فإن فعل ذلك أجبر على إعادته حتى يتمكن الآخر من استيفاء حقه الثابت له ، فإذا زال العلو كان لصاحبه أن يعيد بناءه .

وإذا تسبب عن هدم السفل تعديا انهدام العلو ، ألزم صاحب السفل بقيمته يوم انهدامه ويجب على صاحب السفل تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك لكونه تعدى على صاحب العلو بإزالة حق القرار الثابت عليه بناؤه ، فإذا امتنع صاحب السفل عن بنائه أجبره القاضي ، فإن لم يفعل قام صاحب العلو بالبناء بدله ، ورجع على صاحب السفل بما أنفقه ما دام بأذن القاضي ، فإذا بناه بدون إذن القاضي كان متبرعاً لا يحق له الرجوع بما أنفق .

أما إذا انهدم أحدهما بدون تعد ، فلا يجبر صاحبه على إعادته ، بل يطلب منه ذلك فإن أعاده فبها ، وإلا جاز للآخر بناءه بمصاريف من طرفه ، ويرجع

بما صرفه على صاحبه بالغاً ما بلغ إن كان البناء بإذنه ، أو بأمر القاضي ، وإلا رجع بما يقدره الخبراء العادلون وقت البناء ، وإذا لم يدفع المالك ما صرف على بناء دوره جاز لمن بناه أن يمنعه من الانتفاع به حتى يؤدي له ما وجب عليه ، وله أن يؤجره بإذن القاضي المدة الكافية لحصوله على حقه ثم يعيده لصاحبه [١]، فإن بناه بدون إذن من القاضي كان متبرعاً لا يحق له الرجوع بما أنفق بل يرجع بقيمة البناء وقت تمامه ، وذلك لأنه لم يكن وكيلاً في الإنفاق لعدم صدور إذن من له صاحب الولاية .

هذا ويجوز لصاحب حق التعلي أن يبيع هذا الحق إذا كان البناء قائماً من غير خلاف بين الفقهاء ، لأنه حق متعلق بالمال ، أما إذا كان البناء قد هدم فلا يصح عند الحنفية بيعه لأنه ليس بمال عندهم ، ويجوز عند المالكية والحنابلة بيعه لأنه مال عندهم ، أو حق متعلق بالمال ، كما يجوز عندهم بيع حق التعلي قبل بناء السفل إذا بين مقدار ما يبني من السفل والعلو ، منعاً للنزاع وحسماً للخلاف بين المتبايعين .

القانون المدني المصري في ذلك

نظم القانون العلاقة بين صاحب العلو وصاحب السفل ، وفرض على كل منهما التزامات لصالح الآخر، مستهدياً في ذلك بالقواعد المستقرة في الفقه الإسلامي.

أما التزامات صاحب السفل فهي أمران يستهدف بأولهما توقي الخطر على

---

١ ـ اذا كان لكل السفل والعلو باب مستقل خاص به اعتبر كل من صاحبيهما جاراً ملاصقاً جانبياً ، ولا يجوز لأحدهما أن يمر من ملك الآخر ، وان كان لهما باب واحد كان لكل منهما حق المرور منه .

العلو ، ومنع سقوطه بترميم السفل[١] — والثاني تمكين صاحب العلو من استعادة طبقته أو شقته — إذا تحقق الخطر وانهدم البناء — بإعادة بناء السفل[٢] .

أما التزامات صاحب العلو فهي ألا يزيد في تحميل السفل فوق طاقته لكيلا يوهن منه ، فيضر بصاحبه ، وبالبناء كله ،وقد طبق المشرع هذا المبدأ العام المنطقي في صورة معينة إذ نص على أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل (م ٨٦١) .

---

١ ـ أما ترميم السفل : فيجب على صاحبه أن يقوم قانوناً بالأعمال والترميمات اللازمة في ملكه ، لمنع سقوط العلو المرتكز عليه (م٨٠٩/١) فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات. وكان الخطر وشيكاً بحيث خشى صاحب العلو من قرب سقوط طبقته أو شقته ، فله أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة الذي يكون له أن يلزمه بإجراء الترميمات العاجلة، وإن لم يكن الأمر عاجلاً، فله أن يلجأ إلى القاضي المختص، الذي يجوز له ـ استثناء من القواعد العامة ـ أن يأمر ببيع السفل (م ٨٥٩/٢) .

وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على اعطاء القاضي حق الاذن لصاحب العلو في القيام بترميمات السفل على نفقة صاحبه ، فمن الواجب تقريره له رغم ذلك ـ إعمالا لحكم القواعد العامة التي تقضي بجوار طلب ترخيص من القضاء في تنفيذ الالتزام بعمل على نفقة المدين اذا كان التنفيذ ممكناً (م ٢٠٩) فالقاضي اذن بالخيار بين أن يأمر بتنفيذ الترميمات على نفقة صاحب السفل أو يأمر ببيع السفل حسب ما يقدر من واقع الظروف ، ومن الموازنة بين قيمة الترميمات وقيمة السفل (اصول القانون المدني للدكتور حسن كيره ص ٦٠٥ ط ١٩٦٥) .

٢ ـ وأما اعادة بناء السفل اذا انهدم البناء : فمعنى ذلك أن عوده صاحب العلو إلى الانتفاع بحقه وبناء طبقته مرهونة بإعادة صاحب السفل بناء على سفله ، ولذلك يضع القانون على عاتق صاحب السفل الالتزام بإعادة بنائه .فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، الا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . واذا قام صاحب العلو ـ باستئذان القاضي ـ ببناء السفل على نفقة صاحبه فقد كفل القانون له وسائل معينة ، تضمن له استعادة ما أنفق ، اذ جعل له أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي اليه ما في ذمته ، وأن يحصل كذلك على اذن من القاضي في ايجار السفل أو سكناه (م٦٨٠/٢) (راجع أصول القانون المدني للدكتور حسن كيرة ص ٦٠٦ احكام حق الملكية) .

وإذا كان صاحب العلو يتحمل وحده تكاليف صيانة سطح أرضية طبقته ، أو شقته باعتباره جزءاً من ملكه الخاص،فلا يلتزم على العكس بتكاليف صيانة قواعد هذه الأرضية — كما في التقنين المدني القديم في مصر — (م ٥٧/٣٦) بل يتحمل بها كافة الملاك لأنها من الأجزاء المشتركة في حكم التقنين المدني الحالي ، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك .

الفصل الرابع

الملك المتميز والشائع

ينقسم الملك من حيث صورته إلى قسمين : ملك متميز ، وملك شائع .

فالملك المتميز : هو المتعين المحدد غير المختلط بملك الغير ، فتكون له حدود تفصله عما سواه ، كملك رأس من الغنم ، أو كتاب ، أو دار بأكملها .

والملك الشائع : أو المشاع هو الذي يكون متعلقاً بجزء معين من شيء معين ويكون مختلطاً بملك الغير ، كملك نصف دار أو ربعها ،أو ثلث قطعة أرض .

والمشاع نوعان : مشاع غير قابل للقسمة ،وهو الذي لا يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة ،سواء كان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى غير منفعته الأصلية ، كالحصة [1] في أرض زراعية ،أو دار كبيرة ،أو

---

١ – في المجلة عرفت الحصة الشائعة بأنها : السهم الساري إلى كل جزء من اجزاء المال المشترك ، ويصفها الفقهاء بأنها : جزء منبث في الكل ، أنظر المدخل العام للفقه الاسلامي للاستاذ مصطفى الزرقا حـ ١ ص ٢٤٣ .

لا يمكن الانتفاع به مطلقاً كبيت صغير ، أو ساقية أو حمام ، أو دابة .

والثاني : مشاع قابل للقسمة ، وهو ما يمكن أن ينتفع بـــه بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة .

هذا ومقتضى الشيوع : أن يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكيات جميعهم .

ومن أحكام الشيوع : أن كل واحد من الشركاء له حق التصرف في حصته في الشيء الشائع بما لا يضر بالآخرين ، والانتفاع به ، وبيعه مشاعاً حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك .

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة .

وللشركاء في المشاع أن يتفقوا على طريقة الانتفاع بالمال المشترك دون أن يقتسموا . فإذا لم يتفق الشركاء على طريقة للانتفاع بالمال المشترك ، وطلب كل واحد منهم قسمته قسم بينهم إذا كان قابلاً للقسمة ، ويجبر الآبي عليها إذا كان الشيء المشترك متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً، سواء كان مثلياً كالمكيلات والموزونات ، أو قيميا كالأرض ، الزراعية ، والغنم ، والدور الكبيرة [1] .

فإن اختلفت أجناس المال المشترك، وكانت القسمة تسمح بإعطاء كل شريك جنساً بتمامه ، كما في الدور المختلفة الموقع ، والبناء ، والثياب المختلفة الأنواع

---

١ ـ راجع المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للاستاذ محمد شلبي ص ٣٥٦ ورد المحتار حـ ٥ ص ١٦٦ وشرح الأتاسي على المجلة العدلية .

فلا يجبر الآبي على القسمة ، ويحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية .

والمهايأة الزمنية : أن ينتفع كل من الشريكين أو الشركاء على التعاقب بجميع الشيء المشترك مدة معينة بنسبة حصته ، كما في أرض مشتركة أثلاثا بين شخصين إذا تهايآ على أن يزرعها صاحب الثلث سنة ، وصاحب الثلثين سنتين.

والمهايأة المكانية : هي أن يخصص لكل من الشركاء بعض المال المشترك بنسبة حصته فينتفعون معاً في وقت واحد، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسما يعادل حصته، وكحانوتين مشتركين بين شخصين يستعمل كل منهما واحداً.

وظاهر أن المهايأة في مثل الحيوان الواحد المشترك ، وكل ما لا يتجزأ تكون زمانية فقط، هذا وإذا احتاج المال المشترك إلى إصلاح فإنه يكون على جميع الشركاء كل بقدر نصيبه، فإذا امتنع بعض المشتركين عن إصلاحه كان على الآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر الممتنع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالإصلاح بدون أمر الآخرين ، أو بدون إذن القاضي ، فلا يرجع عليهم بشيء[1] .

وقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢/٨٥٦) على أنه « إذا كان كل المشتاعين يشتركون في ملكية الأشياء المشتركة واستعمالها والانتفاع بها فطبيعي أن يتقاسموا تكاليف حفظها وصيانتها وإدارتها وتجديدها كل بنسبة حصته في الشيوع . وفي المادة ٢/٨٥٨ : « لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة ، للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر[2] » .

---

١ ـ انظر فتح القدير ﺣ ٥ ص ٣٠٥ والمدخل للاستاذ شبلي ص ٣٥٧ طبعة ١٩٦٢ .

٢ ـ أصول القانون المدني للدكتور حسن كيره الجزء الأول ص ٦٠١ .



الفصل الخامس

نزع الملك على سبيل الجبر

الأصل المقرر أنه متى ملك إنسان شيئاً ملكاً تاماً لسبب من الأسباب السابقة ، لا يجوز أن ينتزع منه ما ملكه إلا برضاه ، ولكن قد توجد دواع تدعو إلى انتزاع الملك جبرا ، وبدون رضا صاحبه ، وهذه الدواعي إما دفع ضرر خاص يلحق شخصاً آخر أكثر من الضرر الذي يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه ،وإما دفع ضرر عام بضرر خاص ، أو تقديم مصلحة عامة على خاصة ، ويمكن حصر هذه الدواعي في الحالات الآتية :

الحالة الأولى

أن يكون المالك مديناً ديناً واجب الأداء ، وامتنع عن أدائه امتناعا أدى إلى رفع الدائن أمره إلى القاضي ، فحينئذ يحكم القاضي بالحجز على أمواله لإيفاء الدين منه ، فإن كان فيها نقود حكم بأدائه منها ، وكذلك إذا كان الدين شيئاً من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة ، وعند المدين من جنسها ما يفي بالدين ، فإن لم يكن في أمواله شيء من جنس الدين باع الحاكم من أمتعته بقدر ما يفي به ، بشرط ألا يكون فيه غبن علي المدين ،وأن يبدأ البيع بالأيسر فالأيسر على المدين ، فيباع أولاً ما يتسارع إليه الفساد ، ثم غيره من المنقولات ثم العقارات [1] . هذا إذا كان للمدين ما يزيد على حاجته الضرورية ، فإن لم يوجد للمدين غير هذه الأشياء الضرورية ، فلا يباع شيء منها ، لأن استيفاء

---

١ ـ رفقاً بالمدين يجب أن يترك له الشيء الضروري هو ومن تلزمهم نفقتهم من مأكل وملبس ومسكن ، ويقدر الضروري من المأكل بما يكفيهم الى الوقت الذي يحصلون فيه على غيره .

الضروريات مقدم على أداء الديون ، حتى لا يكون المدين ومن يعولهم عرضة للهلاك ، وذلك مما تأباه العدالة ، ويحرمه النظام العام ، هذا كله رأي الصاحبين (أبي يوسف ومحمد) من الحنفية .

ومذهب الإمام أبي حنيفة : لا يجوز الحجر على المدين ، فلا تباع أملاكه جبراً ، لأن في ذلك إهداراً لآدميته ، وإلحاقاً له بالبهائم ، بل يأمره القاضي بالدفع ، فإن امتنع حكم بحبسه حتى يؤدي دينه ، سواء أكان ذلك بواسطة بيع شيء من أملاكه ، أم بغيره كالقرض ، ورأى الصاحبين هو المعتمد والراجح .

الحالة الثانية :

أن يكون الملك محتاجاً اليه للمنافع العامة ، كحفر الأنهار ، والترع ، وفتح الطرق والشوارع وتوسيعها ، وتوسيع الجسور وتقويتها ، وإنشاء الحصون والمرافىء والسكك الحديدية ، وتوسيع المساجد ، وغير ذلك مما هو مخصص للمنفعة العامة ، فإذا احتيج إلى ملك شخص لشيء مما ذكر ، ولم يقبل المالك إعطاءه مختاراً بالثمن الذي تقدره الحكومة يحكم القاضي بنزع ملكيته جبراً في مقابلة ثمن يقدره الخبراء العادلون ، وما دام سيعطي قيمته فما يفوته أمر يسير ، وهو الاحتفاظ بنفس العين ، وفي استطاعته أن يشتري بدلها .

وقد دل على ذلك ما نقل من فعل الصحابة رضي الله عنهم . فإنه لما ضاق المسجد الحرام بمكة على الناس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وكانت دور الصحابة تحيط به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه ، فاشترى عمر بعضها ، وأبي عليه أصحاب البعض الآخر ، فأخذها جبراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ، ووسع المسجد وظلت القيمة بالخزانة الى أن أخذها أصحابها » وفي زمن عثمان ضاق المسجد مرة أخرى ، فلما أراد توسعته رضي البعض ، وأبي البعض ، فأخذها قهراً فصيحوا به فاستدعاهم وقال : إنما جرأكم عليّ حِلْمي ، ولم أفعل بكم غير ما فعله عمر ، ولم يصيح به أحد ، ثم أمر بحبسهم فحبسوا إلى

أن شفع فيهم عبدالله بن خالد بن أسيد فعفا عنهم، وإذا كان هذا في حق المسجد، وتكرر في عهد خليفتين وشاهده الصحابة ولم ينكر أحد منهم، فكان كالإجماع على ذلك. يقاس عليه غيره من المنافع، لأن المعنى الذي من أجله أبيح أخذ الملك جبراً لأجل المسجد موجود في غيره، بل قد يكون أشد في بعض الحالات.

الحالة الثالثة :

أن يمتنع المالك للطعام عن بيعه للناس، ويحتكره في حين أن الناس محتاجون إليه ففي هذه الحالة يبيع القاضي ما له جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس، ويلحق بذلك التسعير وهو إلزام أصحاب السلع ببيعها بسعر معين يحدده ولي الأمر، فإنهم لا يرضون بهذا السعر فيكون في ذلك إخراج للسلع بغير رضاهم.

الحالة الرابعة :

الشفعة [1] : وهي من الأمور التي تفيد الملك، وليست من العقود، ومعناها شرعاً : تملك العقار المبيع كله أو بعضه، جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف وشرعيتها على خلاف القياس لأن الأصل في الشريعة الغراء أن لا يسلب شخص حق الملكية إلا برضاه، ولا يجوز انتزاع هذا الحق جبرا عليه إلا بمسوغ شرعي.

وحكمة مشروعيتها عند الحنفية : دفع الضرر الدائم عن الشفيع الذي ربما ينشأ من المشتري بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، لا سيما إذا كان يضاده في الأخلاق والعادات فإن الضرر يكون حينئذ عليه أشد، والأذى ألزم، ففي

---

١ ـ هي لغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر، يقال شفع الرجل شفعاً إذا ضم إليه آخر. وهذا المعنى ملحوظ في هذه التسمية، لأن الشفيع يضم المأخوذ بالشفعة إلى ملكه.

آثار الحكماء « أضيق السجون معاشرة الأضداد[1] ».

وقد لاحظ الفقهاء أن هذه الحكمة « أي خوف حصول الضرر للشفيع » تضعف جداً أمام حرمان المشتري من التمتع بربحه في المبيع الذي قد يكون كثيراً جداً ، ويظهر ذلك جلياً في بيع الأصول لفروعهم مثلاً بعض عقارهم أو كله ، بالثمن البخس ، فأخذه بالشفعة يوجب بالتحقيق ضرراً للمشتري أشد من ضرر الشفيع بجواره له ، ومما يزيد هذه الحكمة ضعفاً أن الشفعة في ذاتها لا تدفع ضرر الجوار الجديد ، لأن الأخذ بها يحدث جواراً جديداً أيضاً ، فيقع الشفيع فيما فر منه ولا تظهر هذه الحكمة جلياً إلا إذا كان المبيع مشاعاً لا يقبل القسمة كما لا يخفي ولهذا قالوا إن حق الشفعة ضعيف يسقط بأوهى الأسباب . ودونوا لإسقاطها من الحيل ما لا يدخل تحت حصر .

وسبب الأخذ بالشفعة : هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة ، أو جوار من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة .

والشركة على ثلاثة أنواع : شركة في نفس العقار المبيع ، بأن يكون لأخوين منزل ورثاه عن أبيهما ولم يقتسماه — وشركة في أرض الحائط بأن كانا في المثال السابق قد اقتسما المنزل وأبقيا أرض الحائط الفاصل بينهما مشتركة — وشركة في حقوق الارتفاق بأن كان لاثنين أو أكثر شرب خاص أو طريق خاص[2].

---

١ — بنيت هذه الحكمة على ما قرره الأصوليون من أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، وان الضرر يزال شرعاً وعلى هذا ففي كل شراء يخشى منه ضرر دائم لمن يتصل عقاره بالمبيع يكون له حق دفع هذا الضرر بالأخذ بالشفعة ، ولا فرق بين أن يكون الاتصال بالشركة أو بالجوار في ثبوت هذا الحق .

٢ ـ الطريق الخاص هو ما كان غير نافذ ، فإذا باع شخص داره التي بابها في الطريق الخاص كان لجميع الشركاء في الطريق ـ وهم الذين أبواب دورهم فيه ـ حق الأخذ بالشفعة ، ولو لم =

فإذا كان بين الجارين فاصل فلا شفعة – وقيل إن كان الفاصل صغيراً بحيث لا يصلح أن يكون ممراً ثبتت الشفعة للجوار حكماً ، وإلا فلا شفعة ، والقول الأول هو المعتمد .

ويعتبر كل من صاحب العلو والسفل جاراً ملاصقاً إن كان لكل منهما باب وحده ، وكان أحدهما أو كل منهما في طريق عام ، فإن كان بابهما واحداً ، أولهما بابان في زقاق غير نافذ فهما شريكان في حقوق الارتفاق .

ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت :

تثبت الشفعة في العقار المبيع بيعاً مستوفياً لجميع الشروط بعوض مالي، وعلى هذا يكون لكل من يتصل عقاره بهذا المبيع اتصال قرار حق الأخذ بالشفعة شرعاً ، بلا فرق بين عقد وآخر ،ولا تثبت الشفعة في المنقول مطلقاً إلا إذا كان تابعاً للعقار ، وقال الإمام مالك إن البناء والأشجار عقار فتصح فيهما الشفعة عنده ، وكذا لا شفعة في العقار غير المبيع ، كالعقار الموهوب بغير عوض ، أو الموروث أو الموصي به . وأيضاً لا شفعة في العقار المبيع إذا لم يستوف شرائطه، كما إذا كان البيع باطلاً لانعدام عقد البيع المبني عليه الشفعة – أو فاسداً إلا إذا انقطع فيه حق الفسخ[1] . أما البيع الموقوف على الإجازة فلا شفعة إلا بعد

=يكونوا ملاصقين للدار المبيعة ، لأن حق الجوار مؤخر عن الارتفاق .

وحكم الطريق العام أنه لا شفعة فيه إلا للجار الملاصق ولو لم يكن باب داره في الطريق الذي فيه باب الدار المبيعة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق واسعاً أو ضيقاً ، وبين أن يكون الجزء الملاصق من دار الشفيع للمبيع قليلاً أو كثيراً ، فمقدار شبر واحد ملاصق يثبت لصاحبه حق الشفعة في كل المبيع كما يثبت لمن كان ملكه ملاصقاً من جهتين على السواء .

١ – مما يقطع حق فسخه زيادة المشتري فيه بناء أو غراساً أو التصرف فيه بما يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة مع التسليم والوقف فمتى حصل شيء من ذلك وجب على المشتري قيمته ، وتثبت فيه الشفعة .

إجازته إجازة معتبرة شرعاً، وكذا البيع مع خيار الشرط للبائع لا شفعة فيه حتى يجيز العقد ، أو تمضي أيام الخيار بلا إجازة ولا فسخ ، فإن كان الخيار للمشتري ثبتت الشفعة .

وكذا لا شفعة فيما جعل العوض فيه غير مال ، كما في جعل العقار مهراً أو بدل خلع ، أو صلح عن دم العمد ، أو أجرة طبيب أو مسكن عند الحنفية ، لأن الأخيرتين منافع وليست أموالاً فكان عقد إجارة، وقال الشافعي تثبت لأنها أموال عنده فكانت بيعاً .

ولا شفعة في العقار المقسوم بين الشركاء ، لأن في القسمة معنى الإفراز ، والشفعة لم تجز إلا في المبادلة المطلقه – كما لا شفعة في الوقف .

ما تثبت به الشفعة : العقار المملوك للشفيع ملكاً تاماً من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة ، فإن كان العقار غير مملوك كالمستأجر والمرهون ، والمأخوذ من الحكومة للانتفاع به ، والموقوف ، أو كان العقار مملوكاً بعقد فاسد ، لم ينقطع فيه حق الفسخ ، فلا تثبت فيه الشفعة .

ولا بد لثبوت الشفعة من طلبات ثلاثة : هي المواثبة [١] وطلب الإشهاد والتقرير[٢] – وطلب الخصومة والتملك[٣]، ثم الخصم في الشفعة يصح أن يكون

---

١ – طلب المواثبة هو طلب المبادرة ، ويجب أن يعمله الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والثمن والمشتري ، فإن تأخر بلا عذر بطلت شفعته ، واذا لم يعلم بأحد هذه الأشياء الثلاثة ، وتأخر عن الطلب لا تبطل .

٢ ـ طلب الاشهاد والتقرير ، وكيفية هذا الطلب أن يتوجه إلى الأقرب من البائع – إذا كان المبيع في يده ـ ومن المشتري ومن الأرض المشفوعة ومعه رجلان أو رجل وامرأتان ، ويقول ان فلاناً باع أرضهالفلانية ـان أشهد عند غيرهما – أو باع هذه الأرض إن أشهد عندها وأنا شفيعها وقد طلبت طلب المواثبة ، والآن أطلبها طلب إشهاد وتقرير فاشهدا علي بذلك .. ويجوز للشفيع عند بلوغة البيع بحضور الشهود والمشتري أو البائع أو الأرض ، أن يشهد حينئذ ويكفيه ويقوم مقام الطلبين .

٣ ـ طلب الخصومة والتملك :وكيفيته أن يتوجه الشفيع الى القاضي، ويدعي أن فلاناً=

البائع إن كان المبيـع في يده، أو المشتري أو وكيله ما دام لم يسلم المبيع للمشتري لأن الشفعة من حقوق العقد .

وحكم الشفعة : أن الشفيـع لا يملك الشيء المشفوع فيـه[1] إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي . ذلك لأن المشتري ملك المبيـع بالشراء ، فلا يخرج عن ملكه إلا برضاه ، أو بحكم القاضي ، لأن له الولاية العامة ، فيمكنه إخراج الملك عن يد صاحبه وتمليكه لآخر .

وإذا تصرف المشتري في الأرض المشفوعة قبل الأخذ بالشفعة جاز للشفيـع بعد الأخذ بها أن يبطل جميـع التصرفات بيعاً كانت أو هبة أو وقفاً ، ويسترد الأرض ممن هي تحت يده كائناً من كان ، ولو تداولتها الأيدي .

ما يسقط الشفعة :

لما كان نزع الملك جبراً على صاحبه لدفع ضرر الشفيـع، ينتج من جهة أخرى ضرراً للمشتري كان حق الشفعة ضعيفاً — كما قدمنا — فلذا يجب على الشفيـع مزيد الحرص عليه ، وتمام الاهتمام به ، حتى يتم له ملك ما يشفع فيه بالرضاء أو القضاء ، فإن توانى الشفيـع أو قصر فيه أقل توان أو تقصير سقطت شفعته ، مراعاة لحق من لحقه الضرر الآخر وهو المشتري . ولهذا كانت الشفعة تسقط بترك طلب المواثبة أو التقرير والإشهاد أو ترك طلب الخصومة، كما تبطل بالصلح عنها عوض ، أو ببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة — وأيضاً إذا علم الشفيـع أن المبيـع كل الأرض فترك، ثم اتضح أنه بيع نصفها، وأخيراً تسقط إذا طلب بعض العقار المشفوع وترك بعضه إذا كان قطعة واحـــدة والمشتري واحد ذلك لأن حق الشفعة لا يقبل التجزئة .

=باع أرضه الفلانية بكذا لفلان ويقول أنا شفيعها بأرضي الفلانية، وقد طلبت الطلبين الأولين في وقتها الشرعي والآن أطلبها طلب خصومة وتملك فأحكم لي بها ، وأطلب سؤال المدعي عليه عن ذلك .



الباب الثالث

نظرية العقد



نظرية العقد

نتناول في هذا المقام العقد من النواحي المختلفة على الترتيب الآتي :

المقدمة – وتشتمل على التعريف بالعقد ، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام ، والفرق بين العقد والوعد .

الفصل الأول في : أركان العقد ، وشروطه

الفصل الثاني في : محل العقد

الفصل الثالث في : العاقدين « الأهلية – الولاية – الوكالة – الفضولي »

الفصل الرابع في : حكم العقد – وتقسيمات العقود

الفصل الخامس في : عيوب العقد

الفصل السادس في : الخيارات وأثرها

المقدمة

التعريف بالعقد :

عرف البشر من أقدم العصور العقد ، ولكن لا يعرف على وجه التحديد كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد ، ولا العوامل التي أدت إليه إلا على سبيل الظن والتخمين . ويرجعه بعض الباحثين إلى أنه متولد عن طريق فكرة دية القتلى ، فقد كان الاعتداء على النفوس يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الأسرتين ، ثم عرف أخذ الدية مكان الثأر ، وقد لا يجد المعتدي الذي وجبت عليه الدية ما يؤديه ، فيضطر إلى طلب استمهاله ليجمعها من أسرته أو قبيلته ، مع وضع رهينة في مقابلتها إلى إجل .

ويرى الدكتور السنهوري : أن أصل فكرة العقد ترجع إلى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما . ولكن على كل تقدير قد كان للأديان أعظم الأثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات (١) .

لقد كانت الأديان السماوية أكبر موجه إلى هذا اللون من العقود ، ودفعت إلى احترام الالتزام ، كما اشتمل التشريع الروماني القديم على أنواع من العقود من بيع وزواج وغيرهما إلا أنها كانت تخضع لصور مختلفة من الشكلية المادية . وأيضاً عرف العرب في الجاهلية بيوعاً طغت عليها الشكلية ، كبيع الملامسة ،

---

(١) راجع نظرية العقد للدكتور السنهوري في بحث سلطان الارادة فقرة ٩٨ .

والمنابذة ، وإلقاء الحجر [١] .

إلا أن التشريع الإسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات التي لادخل لهـا في تحقيق العقد بين طرفيه ، إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن ، أو إذا كانت تتوقف عليهـا مصلحة معتبرة مقصودة ، كاشتراط الشهود لصحة عقد الزواج .

وقد اشتمل القرآن على الآيات المفيدة للتعاقد والالتزام ، فمن ذلك قوله تعالى « وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ » (يوسف /٢٠) — وقوله : « فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هذه إلى المَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ » (الكهف/١٩) كما قال تعالى « وأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ » (البقرة /٤٠) . كما قال : « يا أيها الذين آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ » (المائدة /١) .

العقد والتصرف والالتزام

تعريف العقد :

العقد في أصل اللغة الربط « ضد الحل » يقال عقد الحبل فانعقد، وهو وإن كان الأصل فيه الربط الحسي بين أطراف الشيء ، إلا أن العرب قد استعملوه للربط المعنوي للكلام ، سواء أكان توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة، كما في عقدت النية والعزم ، أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين ، كما يقال عقدت اليمين ، فكان العقد عند اللغويين شاملاً للربط أو التوثيق والالتزام من جانب

---

(١) تعورف لديهم أن المشتري إذا لمس المبيع ، أو ألقى عليه حجراً ، أو نبذه إليه البائع فقد التزم به .

واحد ، أو من جانبين[1] بشيء، عملا كان أو تركاً .

أما العقد شرعاً فهو : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[2] . كذا ورد في تعريف المجلة العدلية للعقد .

ومعنى هذا : أن العقد من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع ، بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما ، اللذين يعبر عنهما كل منهما بما يسمى الإيجاب والقبول — **والايجاب** هو ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين،سواء كان البائع أو المشتري في عقد البيع ، ومعنى الإيجاب الإثبات أي أن الأول يريد إثبات العقد بانضمام قول الثاني إليه .

والقبول : ما صدر ثانياً من كلام الآخر ، ومعناه الرغبة والرضا بما قاله الأول — فاذا صدر الإيجاب والقبول مستكملين شرائطهما الشرعية . اعتبر الشرع بينهما ارتباطاً بسببه يظهر أثر في المعقود عليه الذي هو محل العقد ، وهو الأموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها،وذلك الأثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الأولى إلى حالة جديدة ، فإن كان بيعاً خرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري ، وخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع ، وإن كان إجارة ملك صاحب العين الأجرة في مقابلة المنفعة التي وجبت للمستأجر[3] .

---

(١) راجع القاموس المحيط باب الدال فصل العين حـ ١ ص ٣١٥ — وفي المصباح المنير « عقدت الحبل عقداً ، والمقدة ما يملكه ويوثقه » ومنه قيل عقدت البيع ونحوه، وعقدة اليمين وعقدة النكاح إحكامه وإبرامه ، والعقد القلادة ، واعتقد كذا عقد عليه القلب والضمير .

(٢) راجع العناية على هامش فتح القدير حـ ٥ ص ٨٤ .

(٣) اذا كان الارتباط على وجه غير مشروع لا يظهر لذلك أثر في المعقود عليه ، كما اذا قال شخص لآخر . آجرتك على قتل فلان بكذا من المال ، أو على اتلاف زراعته أو سرقه ماله وقال الاخر قبلت — وقد يكون الارتباط شرعيا ولكن لا يظهر له أثر في المعقود عليه وذلك كالارتباط بين كلامي شريكين في دار مناصفة ، وباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله ، فإن هذا الكلام لا يفيد شيئاً ولا أثر له في موضوع العقد .

وعرف العقد عند رجال القانون بأنه : توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني . من إنشاء التزام،أو نقله أو تعديله، أو إنهائه ، فإنشاء الالتزام كالبيع والاجارة ، ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين ، وإنهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذي كان محدداً لها .

ومن هنا نجد أن القانون يخص العقد بما كان فيه توافق إرادتين ، أما ما يتم بإرادة واحدة ، وما تشمله كلمة عقد عند اللغويين ، فهو ليس بعقد عندهم ، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد .

وإذا أردنا المقارنة بين تعريف الفقهاء الشرعيين والقانون : نجد أن العقد في نظر الفقهاء ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه ، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلاً بهذا الاتفاق ، فإذا حصل الاتفاق بينالإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً للانعقاد ، الذي سيأتي بيانها - فلا يعتبر عقداً ولا يحصل انعقاد رغم اتفاق الإرادتين - فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغواً من الكلام ، لا ارتباط فيه ، ولا ينتج نتيجة - وبهذا يكون التعريف القانوني غير مانع ، أما التعريف الفقهي فأدق وأحكم .

ولما كان العقد تصرف من تصرفات الإنسان نوضح :

معنى التصرف : وهو بالمعنى الفقهي ، كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب الشرع نتائج .

والتصرف إما قولي أي قوامه ما يصدره الإنسان من قول أو فعل او إشارة يرتب عليه الشارع حقاً معيناً - وإما فعلي « أي قوامه عملا غير لساني» كإحراز المباحات ، والغصب ، والإتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الدين .

والتصرف القولي : نوعان ، عقدي، وغير عقدي .

فالتصرف القولي العقدي: هو الذي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كالبيع والزواج

وغيرهما من أنواع العقود .

أما التصرف القولي غير العقدي فنوعان : ا – ما كان عزيمة مبرمة ، وإرادة منشئة لحق كالوقف ، أو منهية له كالطلاق ، أو مسقطة له ، كما في الإبراء من الدين ، والتنازل عن حق الشفعة .

ب – ما لم يكن شيئاً مما سبق ، لكنه أقوال تترتب عليها نتائج كالدعوى ، والإقرار والإنكار ، والحلف على نفي دعوى الخصم .

وبالنظر في أقسام التصرف السابقة يظهر : أن التصرف الفعلي لا شبه بينه وبين العقد ، وأن التصرف القولي العقدي يتفق مع العقد لما في كل منهما من اتفاق إرادتين ، وأن التصرف القولي غير العقدي قد يسمى عقداً في اصطلاح فريق من الفقهاء الذين يجعلون التصرف مرادفاً للعقد « ويعرفون العقد بأنه كل ما يعقد الشخص العزم عليه ولو كان بكلام طرف واحد » – أما النوع الثاني من التصرف وهو القولي المحض . فليس فيه أي شبه بالعقد – ومن هنا كان التصرف أعم من العقد مطلقاً لأن العقد من بعض انواع التصرف ، لأنه تصرف قولي محض . أما التصرف فيشمل العقد وغيره فيدخل فيه من التعهدات والإلتزامات والاسقاطات ما ينفذ على الصادر منه بدون احتياج إلى قبول أحد ، كالوقف والطلاق والإبراء ورد المبيع بخيار شرط أو رؤية ، فكل عقد تصرف ولا عكس .

هذا والتصرف قد يكون فيه التزام ، وقد لا يكون فيه ، حيث إن **الالتزام** : كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق ، أو إنهاء حق أو إسقاطه سواء أكان ذلك من شخص واحد كالوقف ، والطلاق المجرد عن المال ،

---

(١) خصه بعض الفقهاء عند الاطلاق بحالة إلزام الشخص نفسه ، ولذا فهم يطلقونه على أحوال الارادة المنفردة ، راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية لشفيق شحاته ص١٩٧

والإبراء ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال ، وعرفه بعض الشرعيين بأنه إيجاب الانسان أمراً على نفسه ، إما باختياره وإرادته ، وإمـــا بإلزام الشرع .

وعلى هذا فالعقد على ما ذهب اليه بعض الفقهاء « من إطلاقه على كل ما يعقد الشخص العزم عليه بإرادة منفردة ، وعلى ما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين » يكون مرادفاً للالتزام — أما على أن العقد لا بــــد فيه من اجتماع إرادتين ، والالتزام يشمل أحوال الإرادة المنفردة ، واجتماع الارادتين ، يكون العقد أخص من الالتزام ،

أما الالتزام في نظر رجال القانون فهو عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين ، أو هو سلطة معينة تمنح لشخص آخر ، وعلى هذا يكون الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال كما في المدين ، وإما بعمل كما في الأجير .

الفرق بين العقد والوعد :

قدمنا معنى العقد ، اما الوعــــد فهو الإخبار عن إنشاء المخبر التزاماً في المستقبل ، فالفرق بين الوعد والعقد من حيث المعنى : أن العقد يتضمن إنشاء التزام في الحال والوعد في المستقبل . أما من حيث الحكم فهو أن الوعد يستحب الوفاء به ، وأن الوفاء به من مكارم الأخلاق ، والعقد يلزم الوفاء به من العاقد ويجبر القاضي على تنفيذ من يمتنع عن القيام بما استوجبه العقد — ولا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء إنما هو مخير بين أن يفي بوعده ، وبين ألا يفي بـــــه ، فإذا وفـّى بوعده كان حسناً في رأي جمهور الفقهاء — وقال ابن شبرمة إن الواعد يلزم على الوفاء بوعده قضاء ، ونقل في المذهب المالكي آراء أربعة :

١ — أن الواعد لا يلزمه الوفاء بوعده في جميع الأحوال .

ب – أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده إذا كان وعده معلقاً على سبب

حـ – أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده إذا كان وعده معلقاً على سبب ودخل الموعود في السبب من أجل الوعد

د – أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الأحوال إلا إذا مات الواعد أو أفلس .

والمختار إن الوعد يجب الوفاء به قضاء ، إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء كموت الواعد أو إفلاسه ، كما تؤيد ذلك نصوص القرآن والسنة ، الآمرة بالوفاء بالوعد والعهد ، المحذرة من الإخلاف ، الواصفة مخلف الوعد بالنفاق . والتي منها قوله تعالى : «وأَوْفُوا بِالعَهْدِ إنَّ العَهدَ كانَ مَسئُولا» (الاسراء/٣٤)– وقوله : « يا أيها الذين آمَنوا أَوْفُوا بالعُقُودِ » (المائدة /١) – وقوله « وأَوْفُوا بِعَهدِ الله إذا عَاهَدْتُم » (النحل /١٩) وقوله عليه السلام « لا إيمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » وقوله « أربع من كن فيه كان منافقاً : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر » – وعلى هذا القول سار كثير من رجال القانون ، حيث كان الوعد ملزماً متى توفرت فيه شروط اشترطوها ، فهم يرون أن مرحلة الوعد بالتعاقد ينعقد فيها عقد وظيفة التمهيد لعقد مستقبل يسمى العقد النهائي .فكان الوعد بالتعاقد مرحلة وسطى بين الإيجاب وبين إبرام العقد المطلوب . أي أنه بوعد البائع مثلاً نشأ بين الطرفين عقد ، ولكنه ليس عقد بيع : بل هو عقد من نوع خاص هو « وعد بالبيع [1] » .

---

(١) انظر عقد البيع للدكتور عبدالمنعم البدراوي ص ١٣٢ طبعة ١٩٦١ ـ بالقاهرة .



الفصل الاول

أركان العقد

أركان كل عقد ما لا يتحقق إلا بها ، على معنى أنه إذا لم يوجد ركن منها فلا عقد – وكل عقد لا يتحقق إلا بتوفر ثلاثة أشياء : –

١ – العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول .

٢ – المحل الذي يرد عليه العقد ، وهو المعقود عليه ، لأنه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه .

٣ – الصيغة الدالة على العقد لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه.

وقد اصطلح علماء الحنفية على جعل أركان كل عقد أمران هما : الإيجاب والقبول فقط ، لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لا يتحقق العقد إلا به .

أما غير الحنفية : فيرون أن الأمور الثلاثة الأولى [1] (عاقدان ، ومحل ، وصيغة) هي الأركان .

معنى الايجاب والقبول :

قال الحنفية : الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين – والقبول ما صدر ثانياً من العاقد الثاني [2] – وقال غير الحنفية : الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك، والقبول ما صدر من المتملك ، فالبائع في عقد البيع هو الموجب دائماً ، والمشتري هو القابل ، سواء صدر كلام البائع أولا أو ثانياً، فمثلا إذا قال المشتري اشتريت هذا العقار بثمن مقداره كذا ، فقال البائع بعته لك بهذا الثمن ، فإن البيع ينعقد ، ويكون البائع هو الموجب لأن التمليك للعين

---

١ – راجع الفروق للقرافي حـ ٢ الفرق الثالث

٢ – فتح القدير حـ٢ ص ٢٤٤ .

صادر من جهته ، ويكون المشتري هو القابل لأنه هو الذي سيتملك العين .

وفي نظرنا أنه لا وجه لهذا التخصيص الذي ذهب إليه غير الحنفية ، خاصة أن كلمة قبول مشعرة بأن شيئاً تقدمها حتى يكون هناك معنى للقبول ، فكان الأنسب ما ذهب إليه الحنفية .

أما القانون المدني.فيذهب إلى أن أركان العقد أربعة يكفي للانعقاد أحدها وهو التراضي . لكن وجوده لا يكفي لصحته . أما الثلاثة الأخرى فهي المحل والسبب ، والشكلية . ومع التزام حدود الدقة في التعبير قالوا إن ركن كل عقد هو التراضي . أما المحل والسبب فركنان في الالتزام لا في العقد [١] .

شروط الايجاب والقبول :

يشترط في الإيجاب والقبول شروط ليتحقق الارتباط بينهما ، حتى إذا فقد شرط منها لم ينعقد العقد،ولا يترتب عليه أي شيء من الآثار :وهذه الشروط هي:

أولا : توافق الايجاب والقبول :

ويحصل هذا التوافق باتحاد موضوع العقد،حقيقة كما إذا قال أحدالمتعاقدين: بعتك هذه السيارة بألف ، فقال الآخر : قبلت ، أو ضمناً كما إذا قالت المرأة : زوجتك نفسي بمائة ، فيقول الرجل لها : قبلت الزواج بمائة وخمسين، فمثل هذا اعتبره الفقهاء توافقاً ضمنياً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، فهي مخالفة إلى خير،فينعقد العقد لكن لا يلزم الزوج إلا بمائة — أما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها في المجلس ، فإن قبلتها لزمت الزوج ، وإن لم تقبلها لا تلزمه، وكذلك الحكم لو كان العقد بيعاً ، كما إذا قال البائع : بعتك هذا بعشرة ، فقال المشتري قبلت بعشرين - أما إذا بدأ المشتري فقال اشتريت هذا بعشرة، فقال البائع قبلت بعشرين،لا ينعقد البيع ، لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب [٢].

١ — راجع الوسيط للسنهوري ص ٩٧٠ رقم ٦٨ .
٢ — راجع فتح القدير حـ ٥ ص ٧٧ ، وبدائع الصنائع حـ ٥ ص ١٣٧ .

فإن لم يشتمل القبول على جميع جزئيات الإيجاب فلا يعتبرمتوافقاً ولا ينعقد العقد ، فمن قال لآخر ، بعت لك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف، فقبل القابل الدار وحدها بثمانمائة، لأن القبول لم يتضمن كل ما جاء به الإيجاب ، وفيه تجزئة الصفقة على البائع وهو ضارٌ بهِ ، لكن يعتبر قول المشتري بمثابة إيجاب منه يحتاج إلى قبول من البائع ، فإذا حصل من البائع قبول بما عرضه المشتري تم العقد ، واعتبرت عبارة البائع الأولى لاغية .

وقد اشترط القانون المدني وجوب تلاقي الإرادتين على ثمن معين فإذا عرض البائع ثمناً ، ولكن المشتري قبل الشراء بأقل لم ينعقد العقد ، وعَدّ هذا القبول إيجاباً جديداً موجهاً للبائع لا ينعقد به البيع إلا إذا قبله البائع (المادة ٩٦).

فإذا حصل العكس وعرض البائع ثمناً معيناً ، فرد المشتري بموافقته على الشراء بثمن أعلى فهل ينعقد البيع ؟ وإذا انعقد فبأي الثمنين ؟ . يذهب معظم الشراح إلى أن العقد ينعقد بالثمن الأقل الذي عرضه البائع . إذ أن هناك توافقاً على الثمن الأقل . ويذهب بعض القانونيين أن المشتري إذا علم بالثمن الذي طلبه البائع علماً حقيقياً ، ثم عرض من ناحيته ثمناً أكبر لتقديره أن المبيع يساوي أكثر . يكون ذلك تعديلا في الإيجاب،ومن ثم فهو رفض يتضمن إيجابا جديداً، فإذا سكت البائع عن معارضة هذا الإيجاب الجديد كان هذا قبولا منه لأنه يتمحض لمنفعته (المادة ٩٨) ومعنى هذا أن البيع ينعقد بالثمن الأكثر ، أي الذي سمي أخيراً [١] .

ثانياً: أن يكون كل من الايجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين، وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود تختلف بعضها عن بعض في موضوعها ، وأحكامها ، أما إذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً بعينه

---

١ – انظر عقد البيع للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١١٤ ، ١١٥ طبعة ١٩٦١ .

فإنه لا يمكن إلزامها بأحكامه الخاصة . ويكفي في هذا الدلالة المجازية ، ومن هنا انعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرن بالمهر لأنه قرينه واضحة على إرادة الزواج.

ثالثاً : اتصال القبول بالايجاب .

والمقصود أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد – إن كان المتعاقدان حاضرين – دون أن يفصل بينهما فاصل – فإذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً. فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل .

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالاتصال – فقال الجمهور [1] إن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس ، فإذا صدر الإيجاب من أحد الطرفين فليس من اللازم أن يصدر القبول من الطرف الآخر فوراً ، بل يجوز أن يتأخر في إصداره بعض الوقت . ما دام المجلس قائماً .

وقال الشافعية [2] إن المراد بالاتصال أن يصدر القبول عقب صدور الإيجاب فوراً ، من غير وجود أي فاصل كان ولو يسيراً في غير موضوع العقد ، فإذا لم يصدر القبول فوراً لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً مانعاً من تلاقي الإيجاب بالقبول ، ويعتبرونه بهذا منهياً لمجلس العقد ، فلو تكلم بأي كلام ليس متصلاً بالعقد ، أو أحدث أي فعل بعد صدور الإيجاب اعتبروه معرضاً عن إيجاب الموجب .

---

١ – راجع مواهب الجليل على مختصر جليل حـ٤ ص ٢٤٠ والعناية بهامش فتح القدير حـ ٥ ص ٧٨ وبدائع الصنائع حـ٥ ص ١٣٧ – وفيها يقول الكاساني – والقياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا ان اعتبار ذلك يؤدي الى انسداد باب البيع فتوقف احد الشطرين على الآخر حكما ، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة،وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فإذا اختلف لا يتوقف .

٢ – انظر نهاية المحتاج حـ ٣ ص ٨ .

وحجة الشافعيه : أن الإيجاب عرض ينتهي بمجرد صدوره من صاحبه ، فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً لا يتحقق الاتصال والاقتران ، فلا يتم العقد .

أما الجمهور فقد احتجوا بأن من يتوجه إليه الإيجاب قد يحتاج إلى مـــدة يتروى فيها، حتى إذا وجد في إتمام العقد مصلحة له أصدر القبول،وإلا لم يقبل.

ولما كان لا بد من تحديد هذه المدة بزمن معين ، لأن تركها بدون تحديـــد يترتب عليه إلحاق الضرر بالموجب ، حددوها بمجلس العقد ، لأنه كاف للتروي والتفكير ، وفي ذلك مراعاة للطرفين ، ودفع للضرر عنهما بقدر الإمكان .

المراد باتحاد المجلس

الراجح أن المراد به اتحاد الزمان والوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ، فلا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي ، كإعراض القابل عن الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، أو يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول . ومن الفقهاء من يرى أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد [1] ، وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين ، أو راكبين لشيء يستطيعان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان ، فصار مكان القبول غير مكان الإيجاب ، فلا يحصل التلاقي بينهما ، أما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان إيقافه كطائرة أو باخرة ، فإنه يعتبر المجلس واحداً .

ولكن الرأي الأول أرجح ، لأن أحد المتعاقدين قد يكون في مكان غير مكان الآخر ، كما في المتعاقدين بواسطة المسرة « التليفون » أو بالمراسلة ، فإن

---

(١) فتح القدير شرح الهداية جـ ٥ ص٧٨ ـ وفيه « وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية ، واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز ـ وفي الخلاصةعن النوازل اذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز،وقيل يجوز في الماشيين ايضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما ، أما المسير بلا افتراق فلا » .

مجلس التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المحادثة في شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائماً ، وإذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهياً ـ وكذلك يكون المجلس إذا تعاقدا بواسطة إرسال رسول أو خطاب مكتوب ، هو مجلس وصول الرسول ، أو وصول الخطاب « المكتوب » .

أما ما يعتبر إعراضاً منهياً للمجلس فقد صوره الفقهاء بأن يقوم أحدهما عن المجلس بعد أن كان قاعداً قبل القبول . أو ينتقل إلى حديث آخر ، أو ينام أحد المتعاقدين مضطجعاً ، أو يكمل النافلة أربعاً ـ وهذا كله تصوير وتعبير عما كان عليه عرف الناس في عصرهم. والأولى أن يحكم العرف فيما يكون إعراضاً عن العقد وما لا يكون ـ كما يقول المالكية ـ فما يعتبره العرف إعراضاً أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون قاطعاً لمجلس العقد ، وما لا يعتبره إعراضاً لا يكون .

هذا ومجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلس العقد بين الحاضرين، فهو بين الغائبين محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول ، وفي الحاضرين محل صدور الإيجاب .

وما ذهب إليه **القانون المدني** موافق لرأي الجمهور ،يقول الاستاذ السنهوري في الوسيط عند شرح المادة ـ ٩٤ إن القانون أخذ في هذا بالمذهب الحنفي،وبعد أن أبان المراد من مجلس العقد قال: فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً بل يصح متراخياً بشرطين .

١ ـ أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد ، فإذا انصرف أي واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب .

٢ ـ أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

عقود مستثناة من اتحاد المجلس :

استثنى الفقهاء من شرطية اتحاد مجلس العقد في صحة الإيجاب والقبول عقوداً ثلاثة هي .

ا ـ الوصية لأن عقد الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فالقبول قبل موت الموصى لا عبرة به ، ويكون لغواً ، ويجب على الموصى له إعادته بعد وفاة الموصى .

ب ـ الإيصاء : « وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شئونهم بعد وفاته ـ فالموصى إليه لا يكون وصياً إلا بعد وفاة الموصى ، سواء قبل في حياة الموصى أو بعد وفاته .

حـ ـ الوكالة ، لأن المقصود منها المعاونة ، فيناسبها التوسعة واليسر ، بأن يصح قبولها في مجلس آخر ،ومن هنا صح توكيل الغائب ، ولا يشترط فيها القبول باللفظ بل يكفي في القبول أن يشرع في فعل ما وكل به ، أو أن لا يرد الوكالة على رأي البعض .

ما يبطل الايجاب :

أولاً : رجوع الموجب عن الايجاب قبل قبول الطرف الآخر سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة ، فمثال الدلالة أن يعرض الموجب عنه إلى حديث آخر ومثال الرجوع الصريح : ما إذا أوجب إيجاباً ثانياً ، بأن قال أولاً : بعت لك هذا بعشر ، ثم قال ثانياً . بعت لك هذا بخمسة عشر ، فالقول الثاني يعتبر مبطلاً للإيجاب الأول ويصير كأن لم يكن حتى إذا قبل الطرف الآخر بعد ذلك كان قبوله وارداً على الإيجاب الثاني ، دون الإيجاب الأول الذي بطل ، وكذلك إذا قال الموجب رجعت عن إيجابي ، وقبل الطرف الآخر كان قبوله باطلاً ،

لوروده على غير إيجاب ، فلا يعتبر ولا يتم العقد هـذا على رأي جمهور الفقهاء وبعض المالكية .

وذهب أكثر المالكية[1] إلى أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه ، وأن الإيجاب يبقى قائماً ممن أصدره حتى يوجد إعراض من الطرف الآخر عنـه ، أو ينتهي المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه يقبل فيها العقد أو يرفضه ، وعلى هذا إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر ، ثم صدر القبول منه بعد الرجوع تم العقد ، وحجتهم في ذلك : أن الموجب بإيجابه قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك مـدة المجلس ، أو طوال المدة التي حددها للقبول ، فللقابل أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل ، وله أن يرفضه ويتنازل عنه فلا يقبل ، ومن هنـا كان الموجب مقيداً في تصرفه حتى يتنازل الآخر ، ولو أثبتنا للموجب أن يرجع قبل القبول لكان في ذلك إبطال حق الغير ، وهو لا يجوز .

واحتج الجمهور لمذهبهم . بأن الموجب له حق الملك ، وبإيجابه قـد أثبت للطرف الآخر حق التملك وحق الملك أقوى من حق التملك ، فإذا لم يجـز للموجب الرجوع رعاية للمتعاقـد الآخر لزم تعطيل الأقوى بالأضعف ، وهذا لا يجوز .

ولأن الموجب لم ينشىء التزاماً مطلقاً ، بل مقيداً بل بقبول الطرف الآخر ومعلقاً عليه ، فما دام لم يتحقق القبول لم يكن هناك التزام ، إنمـا هو مجرد عرض ليس فيه إثبات حق للآخر لأن صحته مقيدة ببقاء رضى الموجب بمـا أوجب[2] .

---

(١) راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل حـ٤ص٢٤١ .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع حـ ٥ ص١٣٤ ، « ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز – راجع فتح القدير حـ ٥ ص ٨٧ .

أما القانون المدني الجديد فإنه أورد في المادة (٩٣) الإيجاب الذي لا يصح للموجب أن يرجع عنه فنص(١) « على أنه إذا عين ميعاداً للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد »و(٢) وقد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل » .

ويقول الدكتور عبد الحي حجازي بعد أن أورد نص المادة – ٩٣ – ويفيد النص على لزوم الإيجاب في هذه الحالة أن الايجاب غير لازم فيما عداها – كما أن المادة – ٩٤ – أوضحت ذلك ونصها « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً » وهذا يتفق مع رأي الجمهور من الفقهاء .

ثانياً : خروج الموجب عن أهليته قبل القبول

فإذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ، وهو أهل للتعاقد ، ثم قبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهليته للتعاقد،بأن مات أو عرض له جنون، فإن إيجابه يبطل حينئذ، حتى إذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك لا ينعقد العقد ، لأن العقد لا يتم إلا بارتباط الايجاب والقبول ، وبخروج الموجب عن الأهلية صار الإيجاب الصادر كأن لم يكن ، فإذا جاء القبول من الطرف الآخر لا يكون هناك إيجاب يرتبط به .

وهذا الحكم يتفق مع الرأي القائل إن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، لكن لا يستقيم مع الرأي الآخر الذي لا يجيز له الرجوع وهم المالكية ، لأن الإيجاب إذا جعل قائماً في حالة الرجوع من صاحبه، فينبغي أن يجعل قائماً في حال خروج الموجب عن أهليته ، بل قيام الإيجاب في هذه الحالة أولى من قيامه في الحالة الأولى [1] .

---

(١) لأن الموجب إذا أظهر رجوعه عن الإيجاب علمنا أنه لا يريد إنشاء العقد ، ولا يرغب =

ويستخلص من المادة (٩٢) من القانون المدني : أن الإيجاب لا يبطل بموت الموجب أو بفقده أهليته قبل قبول من وجه إليه الإيجاب ، وإنما ينتقل إلى من يقوم مقامه في ذلك وهم الورثة في حالة الموت، أو القيم في حالة فقدان الأهلية ، ويجوز لمن وجه إليه أن يقبله بعد ذلك . وقد نصت المادة (٩٣) على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته ، قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » هذا ما لم نتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل ».

ثالثاً : رفض الايجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه ، لأنه موجه اليه ليقبله ، أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالاً له .

رابعاً : هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها بعد صدور الإيجاب وقبل القبول وكذا تغير المعقود عليه تغيراً يصيره شيئاً آخر .

خامساً : إنتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين وانعقاد العقد ، أو بافتراق الطرفين ، أو اعراض أحدهما لأن الإيجاب اعتبر موجوداً ما دام المجلس قائماً ، فلما انتهى زال ذلك الاعتبار ، والإنهاء المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس ، وقد يكون من الموجه إليه الإيجاب بالإعراض ونحوه كما قدمنا .

صيغة الايجاب والقبول

المراد بالصيغة : الصورة الحسية التي يوجد العقد بوجودها في الخارج ، فهي

= فيه، ومع هذا لا يبطل الايجاب ويتم العقد بالقبول، فإذا مات أو جن قبل أن يوجد منه ما يدل على الرجوع لم يكن هناك ما يدل على أنه لا يريد انشاء العقد، بل الظاهر أن ارادته في انشاء العقد باقية كما كانت استصحاباً لما كان (الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد ص٤١١) للشيخ عيسوي.

ما يصدر من المتعاقدين الذين يرغبان في إنشاء العقد من عبارة كاشفة عن إرادتها، مظهرة لرغبتها ، كقول بعت أو اشتريت ، أو وهبت أو تزوجت ، أو قبلت ، وبمعنى أوضح هي ما تظهر الإرادة به من لفظ أو ما يقوم مقامه .

ومن المحتم أن تكون صيغة العقد واضحة ، قاطعة ليست مجرد عدة بالتزام ، أو مساومة ، وإلا لا يحصل الارتباط ، لأن التردد يورث الشك والرفض ، وعلى هذا قرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ، ومن صور الوعد أن تقترن عبارة الإيجاب أو القبول بأداة التسويف ، كحرف السين أو سوف .

وقد تكون الصيغة لفظاً ، وقد تكون كتابة أو إشارة أو فعلاً ، فليس النطق طريقاً حتمياً لظهور الإرادة العقدية ، بصورة جازمة ، بل النطق هو الأصل ، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى ، اختيارية أو اضطرارية ، مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً .

ا — **التعاقد بالألفاظ :**

يرجح الفقهاء أن يكون التعاقد بالألفاظ[١] ، ويجعلونها الأصل في كشف المقاصد وإظهار الرغبات ، لأنها الطريق الطبيعي لكل تفاهم ، وقد تكلم الفقهاء عن اللفظ الذي ينعقد به العقد من جهتين : من جهة مادته والحروف التي يتكون منها ، ومن جهة هيئته .

أما من حيث المادة ، فقد اتفقوا على أن كل لفظ ، أو عبارة تؤدي المعنى المراد للمتعاقدين ينعقد به العقد ، وأنه لا يشترط في ذلك لفظ معين ولا عبارة خاصة ، فالبيع والإجارة والهبة وغيرها من العقود ، لا يشترط أن تكون بلفظ مخصوص ، بل تصح بأي لغة يفهمها العاقدان ، فصيحة كانت أو غير

---

(١) اللفظ هو الصوت المشتمل على بعض الحروف الهجائية،ويصدره الانسان .

فصيحة ، فصح البيع إذا قال الموجب بعت لك هذا ، أو ملكتك هـذا ، أو وهبتك هذا بثمن قدره كذا، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا ، وقول المشتري قبلت أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع .

ولم يختلفوا إلا في عقد الزواج :

فقال فريق منهم الشافعية [1] إنه لا ينعقد إلا بلفظي الزواج والنكاح ، وما أخذ منهما من الأفعال كزوجتك، وزوجني وما أشبه ذلك — وقال فريق آخر منهم الحنفية [2]: يصح عقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحـال، كلفظ التمليك ، والحل ، والهبة ، والصدقة ، والعطية متى وجدت القرينة على أن المراد بهذه الألفاظ الزواج كتسمية المهر أو غيرها .

وحجتهم أن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ تبعاً لرغبة المتعاقدين وتراضيهما ، فيصح أن ينعقد بكل لفظ ينبىء عن إرادة المتعاقـدين متى كان مفهوماً لهما ، ولشهود العقد ، وقد ورد عن الشرع التعبير عـن الزواج بلفظ الهبة [3] والتمليك ، كما ورد التعبير عنه بلفظ الزواج أو النكاح فالعبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني .

---

(١) وافقهم الحنابلة في هذا كما نقله كشاف القناع حـ٣ص ١٩ ،ولهم قول آخر أوسع كمـا في المغنى .

(٢) وافقهم المالكية،جاء في حاشية مواهب الجليل على التاج والأكليل . قال ابن الحاجب : الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت وكذا وهبت بتسمية صداق» راجع حـ٣ ص٤٢٠ .

(٣) وذلك كقوله تعالى«وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين(الأحزاب/٥) — وأما التمليك فقد جاء في بعض روايات الحديث « أن امرأة جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه للزواج فأعرض عنها الرسول،فقال رجل من الجالسين إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها يا رسول الله، فقال له الرسول : هل عنـدك مال تدفعه لها ؟ فقال الرجل : ليس عندي إلا إزاري هذا ، فقال له : هل عندك غيره ؟ قال : لا ،

واحتج الشافعية : بأن عقد الزواج ليس ككل العقود لما له من خطر عظيم، حيث يرد على المرأة وهي حرة ، كما أنه قد شرع لأغراض سامية ، فكانت جهة التعبد فيه واضحة ، وهذه الجهة تجعلنا نقف به عندما ورد به القرآن ، ولا تتجاوزه إلى غيره بقياس أو غيره . وقد ورد القرآن الكريم في مقام تشريع الزواج بلفظين هما : النكاح فقال تعالى : « فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ » (النساء / ٣) ، وقوله « وَانكِحُوا الأيَامَى مِنكُمْ » (النور/٣٢) وقوله « وَلا تَنكِحُوا المُشرِكات حَتَّى يؤْمِنَّ » (البقرة/ ٢٣٠) ، وقوله « حَتَّى تنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه » (البقرة / ٢٢١) كما ورد بلفظ الزواج في في قوله تعالى: « فلَمَّا قضى زَيدٌ مِنْها وَطراً زَوَّجْنَاكَهَا » الأحزاب/٣٧) .

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ، لأن العبارة لم تكن إلا لإظهار الإرادة وابرازها في الخارج ليتعرفها الآخر، وهذا يتم بأي لفظ ما دام قاطعاً في الدلالة، مفهوماً لدى المتعاقدين ـ وأما القول بأن عقد الزواج فيه معنى التعبد ، فمردود بأن التصدق والاعتاق فيهما معنى التعبد على وجه أوضح من الزواج ،ولا خلاف في جوازهما بأي لفظ مظهر للرغبة .

وأما من حيث هيئة الصيغة :

فالصيغة التي يرجحها الفقهاء للدلالة على الإرادة الجازمة هي صيغة الماضي : نحو بعت ، واشتريت ، ورهنت ، وزوجت ، وتزوجت ، وكلفظ :. قبلت ،أو رضيت ، أو ما في معناهما ،ذلك لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن حاصلاً من قبل ، وصيغة الماضي تفيد تحقيق معناها وثبوته بالفعل ، فكانت

= فقال له : التمس ولو خاتماً من حديد ؛ فذهب الرجل ورجع فقال . ولا خاتماً من حديد ، فقال له رسول الله . ماذا تحفظ من القرآن ؟ فقال الرجل . سورة كذا وكذا وعد سوراً ، فقال الرسول علمها شيئاً من القرآن ، ثم قال . ملكتها بما معك من القرآن » .

أدل على المراد ، وأقرب إلى المقصود في العقود ، وهو الإنشاء في الحـــال ، وصيغة الماضي ينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة .

على أن صيغة الماضي ليست بشرط بل هي أفضل من سواها ـ ولم يختلف الفقهاء فيجواز الانعقاد بصيغة المضارع متى وجدت قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد وتنفي العدة والمساومة فلو قال : أبيعك الآن هذا الشيء، فقال المشتري أشتريه الآن ، صح العقد متى نويا [1] ـ وإنما اشترطت القرينة في المضارع لأن صيغته يكثر استعمالها في الإخبار عن حصول الفعل في الاستقبال ، إما عـلى سبيل الحقيقة ، وإما على سبيل المجاز ، فكانت الحاجة ماسة إلى القرينة الدالة على إرادة الإنشاء .

فإذا اقترن المضارع بما يدل على الاستقبال كحرف السين أو سوف لا ينعقد العقد وإن نوى للفرق الكبير بين الاستقبال والإنشاء ـ وكذلك لا ينعقـــد بصيغة الاستفهام ، لأنه عبارة عن سؤال ، فلا ينعقد بها العقد أصلاً ، فإذا قال المشتري للبائع : أتبيع لي هذا الشيء بكذا ؟ أو أتبعه لي بكذا ؟فقال البائع : بعت : لا ينعقد البيع ما لم يقل ثانية المشتري اشتريت .

والجملة الاسمية تصلح للانعقاد على الأصح . فمن قال لآخر: أنا بائع لك كذا، أو واهب لك كذا . فقال الآخر : أنا قابل ،انعقد .

أما صيغة الأمر فقـد اختلف الفقهاء في الانعقاد بها ـ فمذهب جمهور الفقهاء أن العقد ينعقد بها متى وجدت القرينة التي تنفي العـدة والمساومة ـ وقال الحنفية صيغة الأمر لا ينعقد بها العقد ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول ، لأن

---

(١) الفتاوي الهندية حـ ٣ ص ٤ .

صيغة الأمر لطلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً ، فإذا قال البائع للمشتري : اشتر هـذا الشيء بكذا ، فقال المشتري : اشتريت ، لا ينعقد البيع ما لم يقل البائع بعد ذلك : بعت أو نحوه[1] .

واحتج الجمهور بأن العقود شرعت لمصلحة الناس ، وما كان كذلك فالمرجع فيه هو عرف الناس وعادتهم ما لم يصادم نصاً شرعياً ، وليس هنا نص شرعي يمنع من الانعقاد بصيغة الأمر – وقد جرى العرف بين الناس باستعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود فيصح أن ينعقد بها ، وهذا المذهب هو الراجح .

وقد استثنى الحنفية من رأيهم بعض العقود ، فأجازوا انعقاد الزواج بصيغة الأمر ، حيث إنه من العقود التي يسبقها عادة مقدمات كالخطبة واتفاق على المهر ، ودعوة الناس لحضور العقد . فانتفى فيه قصد المساومة والوعد .

ب – التعاقد بالكتابة [2] .

يجوز التعاقد بالكتابة ، سواء أكان المتعاقدان يقدران على اللفظ أم يعجزان عنه ، أو كان أحدهما قادراً والآخر عاجزاً ، وسواء أكانا في مجلس واحد ، أو كان التعاقد بين حاضر وغائب ، وتصح بأي لغة كانت ما دامت مفهومة[3] ، لكن بشرط أن تكون الكتابة مستبينة ومرسومة ، ومعنى المستبينة : المكتوبة على شيء تظهر عليه ، وتبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، ومعنى المرسومة : المكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده ، وذلك بأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه – أو مختومة وموقعة من المرسل ،

---

١ ـ بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١٣٣ .

٢ ـ المراد بالكتابة هنا الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول موجهة من أحد المتعاقدين إلى الآخر بأن يكتب إليه مثلاً : إني اشتريت منك كذا بكذا . فيكتب إليه الآخر قبلت .

٣ ـ اشترط الظاهرية لصحة العقود بالكتابة أن تكون باللغة العربية لمن يعرفها .

وأن تكون مما يكتب عليه عادة » ـ فإذا كانت الكتابة مستبينة مرسومة ، وقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر وفهمه انعقد العقد كما لو تلفظا ، أما إذا كانت الكتابة في الهواء أو على الماء ، أو كانت مستبينة ولم يقرأ أحدهما ما كتبه الآخر ، أو قرأه ولم يفهمه ففي هاتين الحالتين لا ينعقد العقد .

ثم إنه إذا كان المتعاقدان غير حاضرين يصح انعقاد العقد بالكتابة مطلقاً سواء أكان العقد زواجاً أو بيعاً ـ وصورة التعاقد بالكتابة بين الغائبين : أن يكتب أحد العاقدين للآخر كتاباً يقول فيه مثلاً : بعت لك منزلي بكذا ، ثم يرسله إلى العاقد الآخر ، فإذا وصل الكتاب اليه وفهم ما فيه وقال : قبلت البيع ، في مجلس قراءة الكتاب ، انعقد البيع ، أما إذا قام من المجلس من غير أن يقبل فإنه ينتهي الإيجاب ، فلا ينعقد العقد حتى ولو قبل بعد ذلك .

وإذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد بالكتابة صح ، إلا في عقد الزواج ، فإنه لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين ، حتى ولو كانت الكتابة بيّنة واضحة في المراد ، ما لم يكن أحدهما عاجزاً عن النطق ، وإنما كان هذا لأن الزواج من العقود التي يشترط لصحتها حضور شاهدين وسماعهم كلام العاقدين ، وما دام العاقدان حاضرين فلا يتيسر السماع إلا بالشهادة . على أن حكم العقد بالكتابة لا يبدأ منذ كتابة العبارة ، بل يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته ، وهذا في العقود التي يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاه ، كالبيع والزواج ، أما التي لا تتوقف على ذلك كالطلاق والعتاق ، فإنها إذا كتبت كتابة مستبينة مرسومة ، تأخذ حكمها فور الكتابة ، فمن كتب إلى زوجته كتاباً يقول لها فيه : « أنت طالق » فإنها تطلق في الحال ، ولا يتأخر وقوع الطلاق إلى وصول الكتاب وقراءته [1].

---

١ ـ أما إذا كان قد علق الطلاق على بلوغ الكتاب ووصوله بأن كتب إلى زوجته: «إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق» فلا يقع الطلاق إلا بعد وصوله كما في سائر العقود . راجع رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ٥ ص٢٧٢ وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري مع حاشية الحموي حـ٢ ص١٩٦ ، ص ١٩٧ ـ وفتح القدير حـ٥ ص٤٦١ .

ومثل الكتابة إرسال رسول إلى العاقد الغائب عن المجلس لتبليغ الإيجاب فإذا قبل المبلّغ بالإيجاب في مجلس التبليغ تم العقد ، وإن قام من المجلس من غير أن يقبل انتهى الإيجاب ، حتى ولو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد .

حـ - التعاقد بالاشارة .

قال جمهور الفقهاء إن المتعاقد إذا كان قادراً على النطق والعبارة لا ينعقد عقده بالإشارة ، ولو كانت دالة على إرادة العاقد ورضاه دلالة واضحة ، لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، ولا يلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة ، ومن هو قادر على النطق والإتيان بالعبارة لا تتحقق فيه الضرورة[1] .

ومذهب المالكية[2] إن الإشارة كالكتابة والعبارة ، فمتى كانت مفهومة ينعقد بها العقد ، لأن المطلوب في إنشاء العقود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها ، لكنهم استثنوا عقد الزواج فقالوا لا يصح بالإشارة من القادر على النطق أو الكتابة ، ذلك لأنه عقد له أهميته . فمن المناسب أن تتحقق رغبة المتعاقدين في إيجاده ، ويكون ذلك بالكلام ما داما حاضرين ، أما الإعراب عن الإرادة فيه بما يشعر بالاستهانة به ، وعدم احترامه فذلك لا يجوز .

وهذا المذهب له وجاهته ورجحانه لموافقته مقتضيات التعامل بين الناس .

أما إذا كان المتعاقد لا يستطيع النطق ، فإن كان لا يعرف الكتابة فينعقد العقد بإشارته المعهودة ، التي اعتاد الناس فهمها منه ، بلا خلاف بين الفقهاء ، لأن الإشارة إذا لم تعتبر في حق الأخرس الذي لا يستطيع الكلام ولا الكتابة ، لأدّى ذلك إلى حرمانه من التعاقد طول حياته ، وفي هذا من الضرر ما فيه .

---

١ - بدائع الصنائع حـ٥ ص١٣٥ ، المغنى حـ٦ ص٣٦٤ ، الأشباه والنظائر ص١٨٨ .

٢ - مواهب الجليل حـ٤ ص٢٢٩.

وإن كان الأخرس غير قادر على النطق ، لكنه يحسن الكتابة ، فالرأي الراجح أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة ، لأنها في الدلالة كالنطق من كل وجه أما الإشارة فهي دون الكتابة دلالة فلا تقبل مع إمكان الكتابة[1] .

فإذا كان الخرس طارئاً ، فلا تعتبر إشارته في التعاقد في غير التافه من الأمور ، اللهم إلا إذا دام الخرس ، حتى صار ميئوساً من كلامه ، وتكونت له إشارات معهودة فتقبل إشارته هذه في تصرفاته – ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بخرسه سنة ، فيصبح بعدها كالأخرس الأصلي ، وتقبل إشارته المعتادة ، وهذا رأي حسن وفيه دفع للحرج ، فإنه لا ينبغي وقف تصرفاته ، طالما تكونت له إشارة معهودة[2].

وقد نص القانون المدني في المادة (٩٠) على أن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً » وهي واضحة كما قال شراح القانون في أن التعبير لا يخضع كقاعدة لشكلٍ ما ، فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بما يروقه إلا إذا قضى القانون ، أو الاتفاق بغير ذلك ، فكل ما يعنى به القانون هو أن تبرز الإشارة إلى العالم الخارجي بصرف النظر عن الأداة التي يقع بها التعبير ، فيستوى أن يكون التعبير صريحاً أو ضمنياً ، إلا حيث يتطلب القانون التعبير الصريح[3] .

التعاقد بالأفعال :

ويسمى التعاقد بالدلالة – والمراد أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من

---

١ - في رواية أخرى عند الحنفية أن العقد ينعقد بالكتابة ، لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه ، والكتابة والإشارة في ذلك سواء .

٢ - رد المحتار ج ٢ ص ٤٢٥ .

٣ - راجع مصادر الالتزام ص ٧٤ للدكتور حشمت أبو ستيت ، والوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٧٩ .

المتعاقدين من شأنه أن يترتب عليه العقد ، ويعبر عن تنفيذه ، أو يكون مستفاداً من حال تستدعي انعقاده — وينعقد العقد بالدلالة في حالتين :

أولاهما : التعاطي :

وهو المبادلة الفعلية الدالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون التلفظ بالإيجاب أو القبول ، كأن يجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه ، أو كان معروف الثمن ، أو سأل صاحبه عن سعره فأخبره ، فيأخذه هذا الشخص ويناول البائع ثمنه ، فإذا قبضه صاحبه راضياً دون إيجاب وقبول لفظيين ، فإن البيع ينعقد بينهما بهذا الأخذ والإعطاء ، لقيامهما مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على تبادل الإرادتين الجازم في عقد المعاوضة .

ومن هنا كان الشرط لصحة التعاقد بالتعاطي عند من أجازه أمرين: أحدهما: تحقق الرضا ، وثانيهما : حدوث الأخذ والإعطاء . ولهذا إذا ظهر على وجه أحدهما ما يدل على الرضا دون حدوث التعاطي ، فلا يعتبر إلا أن يوجد منه الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما من الفعل [1] .

وحكم هذا العقد محل خلاف بين الفقهاء : فالشيعة والشافعية لا يقرون التعاقد بالتعاطي ، لأن الأفعال غير واضحة في دلالتها على الإرادة ، عدا التافه من الأمور كالرغيف ، والصحيفة اليومية .

وجمهور الأئمة يجيزون التعاقد بالتعاطي « إلا عقد الزواج » ولو كان من الطرفين، ما دام موضوع العقد قد تعورف بين الناس التعاقد عليه بالتعاطي سواء كان نفيساً أو تافهاً [2] ، وسواء في ذلك البيع أو الإعارة أو الهبة أو الرجعة [3] .

---

١ ـ الفتاوي الهندية حـ ٣ ص ٩ ـ ابن عابدين حـ ٤ ص ١٦ .

٢ ـ التافه هو الأشياء المحتقرة كالبيضة والرغيف ، والنفيس ما كثر ثمنه ، وحده بعضهم بما كان قدر نصاب السرقة الذي يقام فيه الحد ، والخسيس ما دونه .

٣ ـ الرجعة : ان يراجع المطلق زوجته قبل أن تنقضي عدتها من طلاق رجعي .

يقول ابن قدامة في المغنى حـ ٤ أول البيوع في الاستدلال لبيع التعاطي ، ولنا أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ،ولو استعملوهما لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان شرطاً لوجب نقله .

وقد اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج لا ينعقد بالتعاطي « كأن تقول المرأة للرجل: زوجتك نفسي بكذا مع وجود شاهدين ، فيدفع الرجل المهر لها دون أن يتلفظ» – والسر في عدم انعقاده هو أن الزواج من العقود ذات الخطر العظيمة الأثر ، فيحتاط فيه كما أن كرامة المرأة تأبى انعقاده بالتعاطي[1] .

هذا ويكفي في انعقاد التعاطي أن يكون الإعطاء من جانب واحد ، على الراجح . فلو سأل راغب الشراء عن سعر شيء ، ثم دفع الثمن إلى مالكه فقبضه المالك من السائل ، ووعد بتسليم المبيع بعد ذلك ، فإن البيع ينعقد ، ويكون كل منهما ملزماً ، ولو تحول السعر بعد ذلك .

ويعتبر من التعاطي إذا قبض البائع من المشتري عربونا دون تلفظ بإيجاب وقبول ، فينعقد به البيع ، فليس لأحدهما الرجوع بعد ذلك، لأن العربون يعتبر جزءاً من الثمن .

وكذلك يمكن أن تعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود

---

١ – ويقول ابن تيمية « القاعدة أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل يدل على ذلك أصول الشريعة إذ اكتفى الشارع بالتراضي في البيع في قوله « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وبطيب النفس في التبرع في قوله « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »فتلك الاية في جنس المعارضات،وهذه الآية في جنس التبرعات،ولم يذكر لفظاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس ،والناس تعلم التراضي وطيب النفس بطرق متعددة من الأقوال والأفعال،وقد دلل ابن تيمية على ذلك بجملة أدلة (القواعد لابن تيمية ص ١١٠) .

التي يطلق عليها قانوناً « عقود الإذعان » كالاشتراك في التيـــار الكهربائي ، واشتراك المياه ، والهاتف ، والغاز ونحوها ، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب ، وقيام الجهات المختصة بإيصال المنفعة المطلوبة ، وأيضاً يعتبر ركوب المواصلات « كالترام » والسيارات العامة ، ودخول الخيالة (السينما) من ذلك .

وقد أجاز **القانون المدني** التعبير عن الإرادة باللفظ أو الإشارة أو الكتابة كما أجاز أن يكون باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فيدلالته على حقيقة المقصود وكذلك يصح أن يكون التعبير عنالإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

يقول الدكتور السنهوري عند تعليقه على المادة (٩٠) من القانون : فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً، ووقوفعربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً مثل أن يتصرف شخص في شيء ليس لـه ، ولكن عرض عليه أن يشتريه ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء [١] .

ثانيها : السكوت

وهو نوع من الانعقاد بدلالة الحال ، ومثاله : إذا ترك إنسان متاعـه بين يدي شخص آخر وذهب ، وذلك الشخص الآخر ساكت لم ينهه ،ولم يتخل عن حفظه ، فقد قالوا ينعقد عقد الايداع بينهما بدلالة الحال [٢] . ويصير الموضوع

---

١ ـ انظر الوسيط ص ١٧٦ وما بعدها .

٢ ـ بين الدكتور السنهوري أن السكوت لا يكون تعبيراً عن الارادة فقال : إن السكوت في ذاته مجرداً عن أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الارادة ولا قبولاً ،لأن الارادة عمل ايجابي،والسكوت شيء سلبي ، فالسكوت لا يكون تعبيراً ضمنياً ، إذ التعبير الضمني يستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها ،أما السكوت فعـدم، وأولى بالعـــدم أن يكون دلالة الرفض لا القبول » وهو بهذا يوافق القاعدة التي قال بها الفقهاء الشرعيون: لا ينسب لساكت قول».

أمامه المتاع وديعاً مكلفاً بالحفظ ، ومسئولاً عنه إذا قصَّر فيه .

وقد اعتبر السكوت في بعض المسائل بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ . فمثلاً سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولاً . وكذا سكوت الفتاة البكر إذا استأذنها وليها في عقد زواجها ، يعتبر إذناً وتوكيلاً بالعقد ، استناداً إلى دلالة العرف ، لأن المعتاد من أمثالها الاستحياء عن إظهار الرغبة .

ويلاحظ أن الفقهاء قالوا القاعدة في السكوت ، أنه لا أثر له إلا في أنواع من الإسقاطات . كإسقاط حق الشفعة بالسكوت عن طلبها ، وسقوط خيار البلوغ بسكوت الفتاة عن فسخ الزواج .

تأكيد المتعاقد رغبته بكتابة العقد

إذا أراد المتعاقد أن يؤكد رغبته بكتابه العقد ، بعد التعاقد باللفظ أو الإشارة أو الفعل ، فذلك ليس بمحظور فقهاً ، لأن الكتابة يترتب عليها التذكر والإثبات عند الإنكار ، وليس معنى هـذا أن الكتابة إنشاء للعقد ، ولكنها لمجرد التذكرة ، وقد تظهر فائدتها عند إرادة إثبات العقد. فضلاً عن أن الكتابة للدين قد ورد بها القرآن ، في قوله سبحانه « يا أَيُّهَا الذَّين آمَنُوا إذا تَدَاَينْتُم بَدينٍ إلى أجَلٍ مُسَمى فاكْتُبوهُ » وفي تلك الآية يقول جل وعز « ولا تَسأمُوا أنْ تكتُبُوه صَغيراً أو كبيراً إلى أَجلِه » (البقرة ـ ٢٨٢) .

والقانون الوضعي يتفق مع ما سبق ؛ يقول الدكتور السنهوري : « ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة ، بل طريقاً لإثبات وجودها ، بعد أن سبق التعبير عنها .

الإرادة في العقود

تنقسم الإرادة إلى قسمين : إرادة ظاهرة،وإرادة باطنة أما **الإرادة الظاهرة** فهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي وهي المسماة بالصيغة — وأما **الإرادة الباطنة** فهي النية التي لا يطلع عليها ،والعلاقة بينهما أن الإرادة الظاهرة دالة على الثانية ، حيث إنها تبرز ما في النفس — ومن هنا لا يكون لوجود إحداهما منفردة أثر في وجود العقد ، وترتب آثاره عليه ، فلا ينعقد العقد بمجرد النية ، ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما ، فمن نوى طلاقاً أو وقفاً مثلاً ،لا يكون بمجرد نيته وعزيمته مطلقاً ولا واقفاً (١).

وكذلك إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها ، فلا تفيد شيئاً ، لأن هذه الإرادة هي الدليل المعبر عما في النفس ، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون في الظاهرة دلالة على شيء ، وينتفي عملها ، فالعبارة الصادرة من الصبي غير المميز ، والنائم والمجنون لا اعتبار لها ، ولا أثر لها في وجود الفقه ولا انعقاده.

---

١ ـ لكن للنية تأثيراً معتبراً شرعاً في وصف ما تصاحبه ،فإذا صاحبت فعلاً أو تركا صبغته وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مخصوص في نظر الشريعة الاسلامية (الأشباه والنظائر ص ٤٣).

وفي شرح العيني قال ابن العربي :إن المراد بالكلام المقصود في الحديث هو الكلام النفسي،إذ هو الكلام الأصلي،إذ القول الحقيقي هو الموجود بالقلب الموافق للعلم،فيقع الطلاق بمجرد العزم دون أن يتلفظ به صاحبه وحكاه عن رواية اشهب عن مالك في الطلاق والعتق والنذر، واستدل لذلك بأن اللسان معبر عما في القلب،فما كان يملكه الواحد كالطلاق والعتق والنذر كفى فيه العزم، وما كان من التصرفات بين اثنين لم يكن بد من ظهور القول ، وقد ردوا عليه بأن الزوج إذا عزم على الظهار لم يلزمه اجماعاً ما لم يظهر هذا العزم ،وان من حدث نفسه بالقذف لم يكن قاذفاً،ومن حدث نفسه وهو يصلي كانت صلاته مجزئة وسقط عنه الواجب ، ولو كان المراد بالكلام كلام النفس لتم الظهار وتحقق القذف وفسدت الصلاة ،وكذلك جاء في شرح الحطاب حـ٤ ص١٠١ أن الرجعة تصح بمجرد النية والعزم ـ راجع شرح البخاري للعيني حـ ١٣ص ٨٨، ورسالة التعبير عن الإرادة للدكتور وحيد سوار ص ٣٧ ـ والمدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٥٣١ ،ص٥٣٢ ـ ويقول الرضى في المبسوط ص٤٦ حـ ١٣ أن ما يكون بالقلب فهو نيه ،والنية بدون العمل لاتثبت الفسخ ولا الاجازة ، كما لا ينعقد بها أصل العقد.

أما إذا وجدت الإرادة الظاهرة والباطنة ، وتوافقت إحداهما مع الأخرى وتوافرت كل الشروط المعتبرة فيهما تم العقد وترتبت آثاره .

هذا وقد سبق الكلام عما تتحقق به الإرادة الظاهرة ، وأنه اللفظ أو نحوه ونوضح هنا .

اولا ـ ما تتحقق به الارادة الباطنة

وقبل أن نوضح ذلك ،نبين آراء العلماء في الأسس الذي تقوم عليها هذه الإرادة وهما : **الرضا** ، **والاختيار**: **فالحنفية قالوا** :

الاختيار : هو مجرد إرادة العبارة ، أو ما يقوم مقامها ، باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء العقد ، وأداة شرعية لوجوده ، سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد ، أو لم توجد — ويتم الاختيار عندهم بترجيح فعل الشيء على عدم فعله أو العكس [1] .

والرضا : هو ارتياح النفس عن عمل ترغب فيه ، ويعرفه الفقهاء بأنه الرغبة في آثار العقد من ترتب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وإنشائه [2] .

فهم يفرقون بينهما : بأن الاختيار هو مجرد القصد إلى السبب الذي هو العبارة أو ما يقوم مقامها — والرضا هو الرغبة في الآثار ، والنتائج التي هي حكم العقد .

فالرضا دائماً يشمل الاختيار دون العكس ، ومعنى هذا أن الاختيار عندهم

---

١ ـ عرفه صدر الشريعة في كتابه التوضيح بأنه القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الاخر حـ٢ ص ١٩٦ .

٢ ـ عرفه البزدوي في كشف الأسرار حـ٤ ص ٣٨٣ بأنه : امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها » .

قد يوجد دون الرضا ، كعقد الهازل والمكره ، إذ في كل منهما تحقق الاختيار دون الرضا .

وقد جعل الحنفية الأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقق الاختيار ، لأن به يوجد العقد وتتكون صورته ما دام العاقد قد قصد إلى العبارة المؤدية إليه أو ما يقوم مقامها أما الرضا فهو شرط لصحة أكثر العقود وترتب الآثار عليها.

اما الشافعية فلا يكاد يتضح الفرق عندهم بين الرضا والاختيار ، إنما يظهران على أنهما لفظان مترادفان ، يدلان على قصد العاقد بعبارته الكاشفة عما في نفسه من رغبة في إنشاء العقد بغية الوصول إلى الآثار التي رتبها الشارع على ذلك ، فإذا لم تتوفر في العبارة هذه الدلالة عما في النفس من رغبة لم يتحقق اختيار للعقد ولارضاء به، ولذا فإنه لا يتصور عندهم انعقاد العقد مطلقاً من غير تحقق الرضا ، ومن هنا قالوا إن عبارة الهازل صحيحة لقصده العبارة مختاراً ، ولا عبرة بكونه يقصد صرف العبارة عن الآثار المترتبة عليها شرعاً ، لأن هذا أمر لا يملكه ، إذ فيه تغيير للمشروع ، والآثار إنما يتم ترتبها مع القصد إلى العبارة بإرادة الشارع ، بينما يقولون إن عبارة المخطيء باطلة ، لأنه لم يقصد العبارة مطلقاً ، فلم تتحقق إرادة التعبير ، لا فرق في ذلك بين ما يقبل الفسخ من التصرفات كالبيع والإجارة ، وما لا يقبله كالطلاق والرجعة .

والحنابلة والمالكية مع الشافعية في أن الرضا والاختيار متلازمان على معنى أنه لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالاختيار عندهم القصد إلى العبارة المنشئة للعقد بحيث تكون ترجمة عما في النفس ، ودليلاً على الرغبة في أثر العقد ، وهذا هو نفس الرضا — فمن يقصد إلى العبارة المنشئة للعقد بدون الرغبة في الآثار المترتبة عليه لا يسمى عندهم اختياراً ولا رضا، وذلك كعبارة الهازل والمكره، لأن كلا منهما لم يرغب في الآثار المترتبة على العقد ، وإن وجد منه العقد إلى التلفظ بالعبارة ، على أن الشافعية في أحد قوليهم الذي قدمناه يذهبون إلى

أن الهازل مختار في التلفظ بالعبارة قاصد إلى إنشاء العقد بها ، وهذا دليل رضاه وقصده الباطن فيعامل بذلك ولا يلتفت إلى دعواه الهزل ، لأن فتح هذا الباب يجعل المعاملات غير مستقرة بين الناس .

وقد ترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا :

وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء هو العقد الفاسد ، فقالوا إذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد بينهم فاسداً ، وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب ، وإذا لم يتحقق شيء من الرضا والاختيار كان العقد باطلاً ، وتكون العبارة لغواً ، أما إذا تحقق الرضا وهذا يستتبع تحقق الاختيار حتماً ، فإن العقد يكون صحيحاً ، وسيأتي بيان ذلك في تقسيمات العقود .

ثانياً : توافق الارادة الباطنة والارادة الظاهرة وتخالفهما واثر ذلك .

قدمنا أنه إذا وجدت الإرادتان ، متوافقتين مع شروطهما المعتبرة ، تم العقد وترتبت عليه آثاره ، وأنه إذا وجدت الإرادة الباطنة وحدها ، أو الإرادة الظاهرة وحدها لا يكون لوجودها أثر في انعقاد العقد وترتب آثاره عليه .

أما إذا وجدت الإرادة الظاهرة والباطنة ، وكان في إحداهما خلل ، أو لم توافق إحداهما الأخرى . فهذا ما نريد أن نفصله ، لكي يتبين لنا أي الإرادتين أولى ؟

إننا إذا ما أردنا أن نحصر حالات عدم مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة فإن ذلك يظهر على الوجوه الآتية .

اولا ــ أن تكون العبارة غير مقصودة وذلك على وجهين .

ا ــ ألا تكون مقصودة مطلقاً ، مثل عبارة المجنون ، والمغمي عليه ، والصبي غير المميز .

ب ــ ألا يكون التعاقد هو المقصود : وذلك على وجهين .

١ – أن يؤدي العبارة من غير فهم لها ، كالملقن .

٢ – أن يؤدي العبارة مع الفهم ، بقصد الحفظ أو التعليم .

ثانياً : أن يتظاهر بقصد التعاقد دون رغبة في أثره وذلك على وجهين .

ا – أن يأتي بالعبارة مختاراً ، كالهازل ، والمتظاهر ، وكمن يعلن مهراً او ثمناً غير حقيقيين .

ب– أن يأتي بالعبارة مكرهاً مثل عقد المكره.

ثالثاً – أن تكون أداة التعبير غير منبئة عن الإرادة الباطنة بحسب وضعها اللغوي ، كاستعمال لفظ الاجارة بدل البيع ،واستعمال لفظ الهبة بدل الزواج .

رابعاً : أن يقصد العبارة حسب وضعها اللغوي مع قصد اثر التعاقد لأجل الوصول بذلك إلى أمر محظور لا يمكن الوصول اليه إلا عن طريقه كبيع السلاح للبغاه وأهل الحرب ولكل حالة من الحالات السابقة حكم يخصها :

الحالة الأولى : هي صدور العبارة ممن لا يقصدها مطلقاً ، مثل عبارة المجنون والمغمى عليه والصبي غير المميز . وحكمها أنها لاغية لا يترتب عليها شيء اتفاقاً ، فلا تفيد أي التزام ، لأنها غير معبرة أصلا عن إرادة معتبرة رغم وجود الصيغة .

وقد تفرع على ذلك : حكم عقد السكران ، والمخطىء ، والناسي .

ا – **السكران :** هو الذي لا يعي ما يقول، وقد اختلف في عبارته.فذهب الجمهور إلى القول بجعلها ملزمة في كل العقود والالتزامات ، وفرق بعض الفقهاء بين السكر بمحرم ما دام أقدم عليه مختاراً عالماً به ، فقالوا في هذه الحالة تكون عبارته ملزمة في سائر التصرفات ، وبين السكر بمباح فقالوا إنه لا تعتبر عبارته حال سكره، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا عبرة لعبارته المنشئة للالتزام،وأنها

لاغية لكونها لا تعبر عن إرادة صحيحة ، والسكر قرينه ذلك ، فهو لا قصد صحيح عنده ، فكان كالنائم بل أسوأ ، لأن النائم إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران [1] .

وجه قول الجمهور : أن السكران عقله قائم ، غاية الأمر أنه عرض له فوات فهم الخطاب بمعصية منه ، ولأن فعله هذا جريمة ، والجريمة لا ينبغي أن يستفيد منها من أجرم بها [2]ــوإن ما ذهب إليه الفريق القائل بإهدار عبارة السكران، وعدم إلزامه بها مع مؤاخذته فيما عدا ذلك من التكاليف ، ومعاقبته على مــا يرتكب من جرائم لهو رأي سديد،لأن من يلزمه بقوله إنما يعاقبه زجراً له،وردعاً لغيره ، مع اعترافهم بأن السكران حينما باشر ما يلزمونه به لم تكن له إرادة صحيحة ، وعلى أن الله سبحانه حدد عقوبة السكر ، وليس منها إلزامه بعقوده فضلا عن أنه فاقد الإرادة والاختيار ،والعقود والالتزامات إنما تتوقف صحتها على استقامة العقد وصحة الإرادة ، وشيء من ذلك لا يتحقق مع السكر أياً كان نوعه أو سببه [3] .

ب ــ **المخطيء والناسي**: من أخطأ أو نسى وتلفظ بعبارة تحدث التزامــاً قال الحنفية إن عبارتها يترتب عليها آثارها ، لأن العبرة في وجود العقد بمظهره الخارجي ، وقد تحقق من شخص عنــده أهلية لإنشائه ، والإرادة أمر خفي لا اطلاع لنا عليه ، فلو قبلت منه دعوى الخطأ والنسيان في هــذه التصرفات لاختلت المعاملات ، ولم تأخذ صفة الاستقرار ، حيث يسهل على كل من يريــد نقضها أن يدعى أنه أخطأ « أو كان ناسياً .

وقال أكثر الفقهاء : إن عبارة المخطيء والناس لا تترتب عليها أي أثر ، ولا

---

١ ـ راجع المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص١١٤ .

٢ ـ فتح القدير حـ ٣ ص٤٠ .

٣ ـ راجع إعلام الموقعين حـ ٣ ص ٣٣٢ .

تكون ملزمة لأنه ما كان يقصد الالتزام ، فلا يؤاخذ بها لم يقصدة ، ولأن الله تعالى رفع عنه الجناح في قوله سبحانه« وَليْسَ عَليكُمْ جُنَاحٌ فِيما أخطأْتُمْ بِه وَلكِنْ مَا تعَمَّدتْ قلُوبكُم » (الاحزاب ـ ٥) كما استدلوا بقوله عليه السلام «وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »هذا كله إذا كانت القرينة قائمة على الخطأ أو النسيان [١] ـ فإن لم تكن هناك قرينة تؤيد دعوى النسيان أو الخطأ فإنه لا يصدق ظاهراً (قضاء) ، أما ديانة : فإن الحكم يترتب على الحقيقة التي يعلمها الله .

والذي يظهر أن عقد المخطىء والناسي لا ينعقد، لأنه انعدم في حقهما القصد والاختيار ، وكذلك انعدم الرضا بالأثر .

ومما يندرج في الحالة الأولى : أن يقصد العبارة دون اعتبار كونها منشئة للعقد ، وذلك كمن يُلَقن شخصاً عبارة بلغة لا يفهمها ، وكانت هذه العبارة تنتج إيجاباً ، فينطق بها ثم يقابلها الآخر بقول من عنده ، أو كانت العبارة تفيد التزاماً من المُلَقَّن .

وحكم هذه الحالة مثل سابقتها لا ينعقد بها عقد،ولا أثر لها ، لأن الإيجاب غير معتبر ، ولا يقصد صاحبه التلفظ باعتباره ينتج إيجاباً [٣] ـ وذهب فريق من الفقهاء إلى إلزام المتلفظ بما لقن به إن كان طلاقاً أو إعتاقاً أو زواجاً ، استناداً إلى حديث : « ثلاث جدهن جِدْ ، وهزلهن جِدْ : النكاح والطلاق والعتاق » ونقل ابن عابدين في الدر المختار : أن المفتى به أنه لا يقع ، وأن من قال بوقوع الطلاق ونحوه إنما يقصد وقوعه قضاء فقط [٤] .

---

١ ـ المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص١١٨ .

٢ ـ البحر الرائق حـ ٥ص ٢٦٦ ،فتح القدير حـ ٣ ص ٤٥ .

٣ ـ راجع اعلام الموقعين حـ ٣ ص ٥٥ .

٤ ـ ابن عابدين حاشية رد المحتار علي الدر المختار حـ ٢ص ٤٤ .

ومما يدخل في تلك الحالة من يقرأ في كتاب مشتمل على عبارات تدل على إنشاء العقود ، ويأخذ في ترديدها لحفظها أو لتعليمها للغير ، أو لمجرد التمثيل والتصوير المسرحي مثلاً . فهذه حكمها أنها لا اعتبار لها أيضاً ، ولا ينعقد بها عقد [1] .

الحالة الثانية :

أن تصدر العبارة ممن يقصد التلفظ بها ، ويفهم معناها ، ولكنه لا يريد العقد الذي تدل عليه ، وإنما يريد غرضاً آخر ، لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

ومثاله : الهازل ، والمكره ، والمتظاهر ، .

١ ـ عبارة الهازل :

الهزل : في الاصطلاح الفقهي : أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ، ولا ما صلح له اللفظ استعارة ، فالهازل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، ولكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه ، وإنما يقصد شيئاً آخر هو اللعب واللهو .

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في عبارته .

ا ـ قال الحنفية ، والحنابلة وأكثر المالكية أن عبارته لا يترتب عليها أثر إلا في عقود خمسة استثناها الشارع في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية أخرى **اليمين أو العتاق بدل الرجعة »** ، قالوا إن هذه التصرفات الخمسة فيها حق لله

---

١ ـ في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٧٦ اذا كتبت امرأة أنت طالق، ثم قالت لزوجها ، اقرأها علي ، فقرأ تطلق ما لم يقصد خطابها ـ وروى ابن تيمية ان امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال : فأنت خلية طالق ، فذهبت لعمر بن الخطاب فقصت عليه ما حدث ، فاستدعى زوجها فجاء فقص عليه ، فقال له عمر خذ زوجتك واذهب .

تعالى ،وحق الله لا يكون موضوعاً للهزل واللعب ،وقد نص الحديث على حكمها، أما غيرها فلم يرد نص يفيد الاعتبار بعبارة الهازل . فتبقى على الأصل في العقود وهو اعتبار الارادة والقصد في إنشاء التصرفات والعقود . وقد انتفت هذه الإرادة بالهزل فينتفى العقد بانتفائها . وتكون باطلة عند غير الحنفية فاسدة عند الحنفية [1] .

ويذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن عبارة الهازل لا تصلح لإنشاء أي عقد من العقود لأن الهازل قد دلت القرينة على أنه لا يريد بعبارته إنشاء العقد ،والإرادة أساس العقود .

ب ـ ومذهب الشافعية أن عبارة الهازل صالحة لإنشاء العقود ، وترتب الآثار عليها بلا فرق بين عقد وآخر ، ولا اعتبار لدعوى الهزل [2] وغيره بعد صدور العبارة وتوافر أركانها وشروطها ، ولأنه قد قصد العبارة وهو أهل للاختيار ، فيعامل بما تدل عليه عبارته ، ولا يلتفت إلى دعواه الهزل لأن فتح هذا الباب يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس .

٢ ـ عبارة المكره :

ذا كان المصدر للعبارة قد أكره على التلفظ بها ، فتلفظ بها دفعاً لأذى الغير الذي يهدده بما لا يحتمله ، مع قدرة المهدِّد على تنفيذ ما توعد به ، وكان المكرَه

---

١ ـ قال الحنفية أن عبارة الهازل في غير العقود الخمسة تصلح لا نشاء العقود لتحقق الاختيار ، ولكنها لا تكون صحيحة ولا يترتب عليها آ ثارها لانتفاء الرضا الذي هو شرط صحتها، وعلى هذا ينعقد العقد ويكون فاسداً لفوات الرضا ، حتى لو رضي الهازل بالعقد بعد ذلك انقلب صحيحاً ، لأن الفساد كان لفوات الرضا ـ فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٧ .

٢ ـ يظهر ان الشافعية يفرقون بين الهازل والمخطىء في الحكم ، فهم كالحنفية في يمين الهازل ويخالفونهم في المخطىء غاية الأمر أن الهازل مؤاخذ بيمينه عند الحنفية استثناء استناداً إلى الحديث، وعند الشافعي هو مؤاخذ طبقاً لقاعدته من اتباع الظاهر ـ راجع مذهب الشافعية في نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٣٨ .

لا يرغب فيما يترتب على عبارته. فمذهب غير الحنفية أن المكرَه لا يلزم بعبارته، ولا يترتب عليها حكم شرعي. فهي لاغية نظراً لانتفاء الاختيار والقصد. ولا فرق في ذلك بين عقد وآخر. ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ».

ولكن الحنفية يجعلون عبارة المكره تصلح لإنشاء العقود كلها بلا فرق بين العقود التي فيها حق لله وبين غيرها، الا أنهم قالوا إن العقود الخمسة الواردة في الحديث بالنسبة للهازل، والتي فيها حق لله تعالى، اشتملت على مجرد القصد إليها، وتحقق العبارة يجعلها صحيحة صالحة لترتب الحكم الشرعي عليها، واعتبروا هذا القصد قائماً مقام الرضا، لأن الشارع استثناها فوجب الاحتياط فيها، أما غير العقود الخمسة فتكون فاسدة فلا تترتب عليها الآثار [٢].

كما أن المكره مختار لقصده العبارة المنشئة للعقد وتلفظه بها، لكنه غير راض بحكمها، والآثار التي تترتب عليها، والرضا شرط في صحة العقود التي ليس فيها حق الله تعالى، وليس شرطاً في العقود التي فيها حق الله، لأن الشارع حكم بصحتها مع الهزل، مع أن الهازل قصد النطق بالعبارة ولم يقصد الأثر الذي يترتب عليها، وهذا دال على أنه جعل العبارة في هذه العقود عند العقد اليها قائمة مقام الإرادة.

والراجح هو مذهب غير الحنفية لأن مذهب الحنفية وإن كان يستقيم في في غير العقود الخمسة « من حيث إنهم يثبتون له الخيار بعد زوال الإكراه » وهو كاف لرفع الضرر الذي يلحق المكره لكنه لا يستقيم في العقود الخمسة، إذ كيف يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل، أو تصير المرأة زوجة بعبارة صدرت منه كذلك.

---

١ ـ راجع بدائع الصنائع حـ ٦ ص ١٧٧. وفيه يرى زفر من الحنفية ان العقد مع الاكراه غير فاسد وأنه صحيح موقوف على إجازته بعد زوال الاكراه، فإن أجازه نفذ وإلا بطل.

٣ – **التظاهر بانشاء العقد** دون الرغبة في حقيقته ، ومنه المواضعة والمراد الصورية في العقود والتصرفات . وامثلة ذلك .

ا – بيع التلجئة [١] : وهو أن يتوطأ شخصان على التظاهر بإنشاء عقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما ، إنما يقصدان بذلك التخلص من شخص ظالم له بطش وسلطان على المالك الذي تظاهر بالبيع ليتخلص من سطوته واعتدائه على العين المتظاهر ببيعها ، وقد يكون التظاهر بالبيع لمجرد اكتساب الشهرة لأحدهما .

ب – التظاهر بالزيادة في المهر علناً للتفاخر مع الاتفاق على مهر أقل في السر ، طلباً للسمعة بين الناس .

حـ – التظاهر بالزيادة في الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه سراً ، لكي يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن.

وفي هذه الصور السابقة قال الشافعي : المعتبر في البيع ، والمهر ، والثمن مع التواطؤ أو التظاهر هو المعلن في العقد ، والبيع نافذ وصحيح ، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا اختلفا ، ولا عبرة بما كان بينهما سراً ، وقال جمهور الفقهاء [٢] إن الإساس الإرادة الباطنة ، ولا اعتبار بالعبارة الظاهرة ما دامت الإرادة الباطنة تثبت بالدليل . فلا يلزم بيع التلجئة ولا يكون صحيحاً لأنه بيع صوري غير حقيقي ، كما يلزم مهر السر ولا عبرة بما تظاهرا به وأعلناه ، وأيضاً يلزم الثمن الحقيقي المتفق عليه سراً إذا قام عليه الدليل ، ويكون البيع صحيحاً ومن حق الشفيع أن يطلب الشفعة من جديد عند معرفة حقيقة الثمن .

---

١ ـ وفسره ابن قدامه بأن يخاف أن يأخذ السلطان، أو غيره ملكه فيملكه رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ، وهما لا يريدان بيعاً حقيقياً .

٢ ـ فتح القدير حـ ٢ ص ٤٤٣ .

الحالة الثالثة : استعمال المتعاقد ألفاظاً لم توضع للتعاقد لغة

فإذا استعمل المتعاقد لفظ الهبة في عقد البيع أو الزواج أو العكس فعند الحنفية يصح العقد، ويقع صحيحاً أيا كان موضوع التعاقد ، لأن العبرة كما يقولون بالمعاني لا بالألفاظ والمباني . وقال الشافعية والحنابلة بالنسبة لعقود الزواج لا يجوز إلا بلفظ النكاح والتزويج وما يشتق منهما كما قدمنا. ولا ينعقد بغيرهما ولو كان من الألفاظ التي تفيد التمليك والدوام .

الحالة الرابعة : أن تصور العبارة ممن يقصد النطق بها وإنشاء العقد ولكنه لا يريد منه الغرض الذي يقصده الشارع من تشريعه ، إنما يقصد غرضاً آخر قد يكون مباحاً لا يمنع الشرع ، وقد يكون الغرض محظوراً .

فإن كان الغرض مباحاً : كمن يتزوج امرأة ليتشرف بالانتساب إلى أسرتها أو ليستعين بمالها في التجارة ، صح العقد اتفاقاً لأن ذلك لا يتنافى مع مقاصد الزواج .

وإن كان الغرض الآخر أمراً محرماً شرعاً كبيع السلاح لأهل الفتنة ، والعصير لمن يتخذه خمراً ، وإجارة الدار لمن يتخذها ناديا للقمار .

فحكم هذه الحالة مختلف فيها ، فقال أكثر الفقهاء والصاحبان من الحنفية : إن هذه العقود تكون باطلة، ولا أثر للعبارة في نظرهم ما دام الدليل قد قام على القصد السيء لأن أمثال هذه العقود اتخذت وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، ففيها إعانة على المعصية ، والعقود لم تشرع لذلك ، لكنها وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة ، أما إذا لم يظهر القصد بقرينة من القرائن فإن البيع يكون صحيحاً وتترتب عليه آثاره .

ومذهب أبي حنيفة والشافعي أنه بيع صحيح يترتب عليه أثره ، لأن العبارة المنشئة للعقد سليمة في الظاهر ، ولا عبرة بما يقصد من العاقد لأنه خفي غير مطلَّع عليه .

ومما يندرج في تلك الحالة المسائل الثلاث الآتية :

الأولى : بيع العصير لمن يعلم أنه يتخذه خمرا :

اعتبر أبو حنيفة البيع صحيحاً ، بناء على صحة العبارة وسلامتها ، وعدم اعتبار القصد من العاقد — والمالكية والحنابلة فصّلوا بين ظهور القصد السيء بدليل يدل عليه ، وبين عدم ظهوره ، فقالوا : إن ظهر سوء القصد كان العقد باطلا ، وإن لم يظهر ولم تكن قرينة تدل عليه كان البيع صحيحاً . ورأى غير الحنفية هو الراجح .

الثانية : بيع يقصد به التعامل بالربا ويسمى « بيع العينه »

ومن صوره : أن يرغب شخص أن يقترض من آخر ، وهو لا يرغب أن يقرضه بدون فائدة ، فيلجأ إلى حيلة توسيط بيع ليكون مشروعاً ، وذلك بأن يشتري المستقرض من المقرض داره بمبلغ ألف يدفعها بعد سنة ، ويقبل صاحب الدار ذلك ، ثم بعد تمام العقد وصيرورة الدار ملكاً للمستقرض يبيعها ثانية للمقرض ، أو لوسيط آخر يبيعها بدوره له بمبلغ ثمانمائة تدفع حالة . فتكون النتيجة أن المستقرض صار مدينا لصاحب الدار بمبلغ ألف مؤجلة إلى سنة مع أنه لم يقبض من المقرض صاحب الدار سوى ثمانمائة ، ويكون صاحب الدار قد استفاد بمائتين فوائد لمبلغه .

فهذا بيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ما شرع له البيع ، وهذا الغرض محرم ومحظور وهو التعامل بالربا ، وحكمه أن الشافعي يراه صحيحاً ، لأن العبارة سليمة ، والنية خفية لا اطلاع لأحد عليها . وقال الأئمة الثلاثة : إذا لم يتوسط بين المقرض والمستقرض في البيع ثالث يكون غير صحيح — وأبو يوسف من الحنفية قال إنه بيع صحيح [1] ، ومحمد بن الحسن قال البيع مكروه كراهة

---

(١) قيل إن الذي جوزه ابو يوسف هو الذي لا ترجع فيه العين الى صاحبها ، كما اذا اقترض=

تحريم . وقد استبعد بعض الباحثين نسبة القول بصحة البيع في هذه الحالة إلى الحنفيـــة والشافعية مع انكشاف قصد المتعاقدين في التحايل على التعامل بالربا، وجعل موضع الخلاف بين الأئمة ما إذا لم تنكشف نية المتعاقدين ، ولم يدل على قصد الربا دليل [1]

الثالثة : زواج المحلل

وهو زواج المطلقة ثلاثاً بزوج آخر لا لتعيش معه ويكونا أسرة ، بل ابتغاء أن يكون الزواج طريقاً يمكنها من أن تعود إلى زوجها الأول ، فهـذا الزواج اشتمل على نية تحليل الزوجة لمطلقها ، ولم يقصد به ما شرع له الزواج من الدوام والاستقرار ، بل قصد به غرض آخر مشروع

وحكمه : في رأي أبي حنيفة والشافعي في الجديد – أنه عقد صحيح نافذ، وإن كان مستنكراً، أو مكروها كراهة تحريم، فما دام لم يشترط التحليل في العقد[2] فهو يحلها للأول إذا طلقها الثاني وانتهت عدتها من هذا الطلاق، ولا عبرة لقصدهما في صحة العقد ، ولا التزام بهذا القصد لأنه شرط غير صحيح – ومذهب جمهور

= شخص من آخر خمسة عشر، ثم اشترى بها عينا من المقرض تساوي عشرة، ثم باعها المقرض في السوق لغيره ولم ترجع إلى الأول . راجع فتح القدير حـ ٣ ص ٤٠ .

(١) راجع السياسة الشرعيـــة والفقه الاسلامي لفضيلة الدكتور عبدالرحمن تاج ص ٨٤ – والموافقات للشاطبي حـ ٤ ص ١١٢ وما بعدها .

(٢) إذا اشترط التحليل في العقد فإنـــه يكون باطلا ، وللشافعي قول بصحة العقد وفساد الشرط الأول ، وقال أبو حنيفة العقد جائز والشرط فاسد كسائر الشروط الفاسدة ، وقـــال ابو يوسف ان الزواج فاسد ولا تحل للاول . وقال محمد الزواج صحيح ولكنها لا تحل للأول . راجع فتاوي ابن تيمية حـ ٣ من أول الجزء الثالث – وراجع مؤلفنا الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ٣٧٥ طبع بيروت سنة ١٩٦٧ .

الفقهاء أن العقد باطل ولا يترتب عليه أثره الشرعي ما دام الدليل قد قام على قصدهما الأصلي ، لأن العبارة لا أثر لها ،إذ العبرة في العقودوترتب آثارها عليها بالإرادة إلى غير ذلك مما سبق بيانه .

خلاصة موقف الفقهاء من العبارة والإرادة عند التعارض :

مما تقدم يمكن أن نستخلص أن الفقهاء المجتهدين في الارادة الظاهرة والارادة الباطنة على رأيين : **أولهما** : للإمام الشافعي ، والحنفية في بعض فروعهم : **أن** العبرة بالإرادة الظاهرة (العبارة) ولا نظر للإرادة الباطنة ما لم يوجد في العبارة ما يكشف عنها ، فلا يؤاخذ المخطىء بعبارته لأنه لم يقصد العبارة فلم يتحقق عنده القصد مطلقاً . لأن الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر ، والنيات أمور خفية علمها عند علام الغيوب ، فمتى اكتمل للعقد أركانه وشروطه كان صحيحاً ، ولا نبحث وراء ذلك عن النية فيه .

ثانيهما : مذهب ابن حنبل ويقرب منه مذهب مالك ، هو اعتبار الإرادة الباطنة ، وجعلها الأساس التي تربط به الأحكام ، ما دام قد أظهرها الدليل ، أما إن خفيت الإرادة الباطنة وليس هناك دليل يظهرها فلا اعتبار لها ، وقد قدمنا أن أحكام الحنفية في العقود يغلب عليها طابع التمشي مع الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة .

ودليل هذا الرأي : أن العبارة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهرة لمكنون النفس ، دالة على حقيقة القصد ، فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذباً ، والإرادة الباطنة يبحث عنها بالقرائن والأدلة التي تنبىء عنها ، فكانت العبرة عند هؤلاء بالعزم ، وما تحقق فيه الرضا والقصد إلى السبب ، وليست الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ

الأعمال بالنيات [1] .

مسلك القانون المدني المصري في الإرادتين الظاهرة والباطنة :

لرجال القانون من قديم مدرستان في ذلـــك : مدرسة تتمسك بالإرادة الظاهرة ويمثلها الفقه الألماني ، ومدرسة تتمسك بالإرادة الباطنة ويمثلها الفقه الفرنسي ،

أما القانون المدني المصري الجديد فقد سلك مسلكاً وسطاً بين النظريتين ، فجعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا بعض الشيء، وذلك حين يقتضي استقرار التعامل هذا العدول . وقد تحدث الدكتور السنهوري[2] عند الكلام عن المادة ٨٩ من القانون الجديد والتي تنص على أنــه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » تكلم عـــن نظرية الإرادة الباطنة ، ثم عن نظرية الإرادة الظاهرة ، ثم أبان بعد ذلك أن القانون قد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل ، وقال في موضع آخر « والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هي الإرادة الباطنة ، ولكن هــذه الإرادة في بعض الأحوال – تبعاً لمقتضيات الاستقرار في التعامل – تتجسم في المظهر الذي اتخذ للتعبير عنهـا ، فتصبح هي

---

(١) يقول ابن القيم في إعلام الموقعين حـ ٣ ص ٩٢ : إن الله تجاوز للأمة عما حدثت بهأنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم ، وتجاوز عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مؤيدة لمعنى ما تكلمت به ، أو قاصدة إليه،فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم .

(٢) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ١٧٩ - ١٨٣ .

الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هـذا المظهر في نفوس المتعاملين[1] » .

العبارة الواحدة وأثرها في إنشاء الالتزام والعقد (الإرادة المنفردة)

الالتزام من جانب واحد :

قدمنا أن **الالتزام** : مـــا صدر من شخص واحد ، وتضمن إنشاء حق أو إسقاطه أو إنهائه ، **وأن التصرف** : مـــا صدر من شخص واحد دون أن يتضمن إرادة شيء مما سبق .

وقد اتفق الفقهاء على أن التصرف ينشأ بالعبارة الواحدة ، وكذا الالتزام ، فمن التصرف الإقرار فإنه تصرف يوجد من جانب المقر ، ويترتب عليه أثره ، من غير حاجة إلى شيء آخر ، ثم هو ليس منشئا لحق . بل هو اعتراف بثبوته فيما مضى ، وكذلك الدعوى توجد عندما يوجد اللفظ الدال عليها من المدعي .

ومن الالتزام : الوقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين ، فإنه يوجــد بمجرد صدور العبارة السليمة من الواقف ، وكذلك الوصية على الجهات التي لا تتعين بأشخاص ما دام الموصي قد مات مصراً عـــلى وصيته ،

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٧١ ـ وقد تعقب الدكتور عبد الحي حجازي في كتابه النظرية العامة للالتزام حـ ٢ ص ٤١ . وبين أن المادة(٨٩)لا تفيد ما استنبطه الدكتور السنهورى منها وليس فيهاما يدل على ان المشرع فضل الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة،وكل ما تدل عليه هذه النصوص هو أن الشارع لم يسر وراء سلطان الارادة إلى النهاية بل اعتبر إلى حد ما بالاستقرار الواجب في المعاملات ـ واخيراً قال :"إن القانون المدني الجديد لم ينحرف عن الباطنة إلى الظاهرة بل هو لا يزال يعتبر كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك لم يغال غلواً كبيراً اذ هو يعتمد إلى جوار ذلك باعتبار اجتماعي هو الاستقرار الواجب للمعاملات ، ولذلك يعتبر بالباطنة بالقدر الذي لا يتعارض مع الاستقرار الذي يجب أن يسود المعاملات .

فإنها تتحقق بعبارة الموصي وحدها ، وكذلك الحلف بالتزام فعل أمر أو تركه يتحقق بمجرد صدور العبارة من الحالف — وهكذا بالنسبة لسائر الإسقاطات المحضة كالطلاق المجرد عن المال ، فإنه إنهاء لحق الزوجة ، ويتحقق بمجرد صدور العبارة الصحيحة من الزوج ، من غير توقف على إرادة الطرف الآخر. وكإسقاط الدين عن المدين بالإبراء فإنه يتم الالتزام فيه بمجرد الإسقاط وصدور العبارة في المبرىء .

العقد يباشره شخص واحد :

لم يختلف الفقهاء في أن العقد إذا صدر من شخصين فأوجب أحدهما وقبل الآخر، وكان كل منهما أهلا لمباشرة العقد،يكون مرتباً لنتائجه وآثاره عند توفر شروط العقد .

واختلفوا في كون العبارة الواحدة إذا صدرت من شخص واحد ، فتولى طرفي العقد تنشىءالعقد أولا تنشؤه، وهل تؤدي الغرض المقصود من العبارتين من الشخصين أولا، وكان خلافهم على الوجه الآتي :

١ — قال المالكية والحنابلة [1] : يصح للشخص الواحد أن يتولى طرفي العقد في جميع العقود بشرط أن يكون له صفة تجيز إنشاء العقد ، لا فرق في ذلك بين عقد وآخر ، وسواء كان عقد زواج أو معاوضة مالية — ودليلهم على هذا أن عبارة العاقد ذي الصفة الشرعية تمثل في الحقيقة عبارتين ، لأنها صادرة من شخص له صفتين . فعبارته باعتبار كونه أصيلا تقوم مقام الإيجاب ، وبوصف كونه وكيلا عن غيره تقوم مقام القبول ، ولا شيء في هذا ، لأن حقوق العقد في المعاوضات المالية وغيرها — عندهم — ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل أو الولي

---

(١) راجع المغني لابن قدامه حـ ٥ ص ١٠٩ .

أ – أن يكون أصيلا من جانب ، ووليا من جانب آخر : كالأب يبيع مال ابنه الصغير من نفسه

ب – أن يكون أصيلاً من جانب ، ووكيلاً من جانب آخر ، كالشخص يزوج نفسه من موكلته

جـ – أن يكون ولياً من الجانبين ، كالجد الولي على أولاد أولاده الصغار يزوج ابن ابنه من بنت ابنه

د – أن يكون وكيلاً من الجانبين، كوكيل الزوج والزوجة الواحد، يزوجهما فيقول : زوجت فلانه من فلان

هـ – أن يكون ولياً من جانب، ووكيلاً من جانب، كالرجل يوكل ولي الزوجة في أن يزوجه من موليته [1] .

٢ – قال الشافعي وزفر من الحنفية يمتنع جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد في جميع العقود ، سواء عبر بصيغة واحدة عن الإيجاب والقبول ، أو عبر عنهما بصيغتين ، وسواء كان ذا صفة شرعية من الجانبين أو كان فضولياً من الجانبين، أو من جانب واحد – وحجتهم على هذا أن العقد يتكون من إيجاب وقبول، ويمثل كل منهما إرادة مستقلة ، فهما شطران متقابلان ومختلفان ، وطبيعة أحدهما أنه جواب الآخر ، وهذا يقتضي أنها لا يتحققان إلا من عاقدين مختلفين، وعبارة العاقد الواحد ليست سوى الايجاب، وهو لا يتم به العقد .

ولأن حقوق العقد وأحكامه في عقود المعارضات المالية ترجع إلى العاقد ، ولو كان وكيلاً عن غيره . وهذه الحقوق والأحكام مختلفة ومتباينة ، ففيها

(١) أما اذا كان المباشر للعقد فضوليا « ليس له صفة شرعية » من الجانبين أو من جانب واحد فلا يصح عقده .

تسليم وتسلم ، ومطالبة ورد، فالبائع مطالب بتسليم المبيع للمشتري، ومطالب يأخذ الثمن ، كما أنه مملك للمبيع ومتملك للثمن ، والمشتري على عكس ذلك ، وهذا يقتضي وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد – أما بالنسبة لعقد الزواج فالمانع السابق موجود فيه كما أنه ورد نص بخصوصه، وهو قول عليه السلام: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب، وولي، وشاهدا عدل» . فاشترط الخاطب والولي ، ولو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة من جانب واحد ، لما اشترط الخاطب مع ولي الزوجة [1] .

واستثنى الشافعي من المنع صوراً [2] منها عقد الولي إذا كان جداً فزوج حفيديه أحدهما للآخر، وكان في زواجهما مصلحة فإنه يتم العقد ، ويترتب عليه أثره الشرعي ، لأنه متى كانت ولايته متعينة ، وكان لا بد من الولي في عقد الزواج ، فإن الضرورة تقضي بجواز العقد بعبارته وحده، وإلا تعطل أمر الزواج في هذه الحالة .

٣ – قال أبو حنيفة وصاحباه ، بالتفصيل : أما في عقود المعاوضات المالية فإنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد عاقد واحد ، وأما في عقد الزواج فيجوز – وحجتهم أن عقود المعاوضات ترجع الحقوق فيها إلى متولي العقد ، وهو العاقد نفسه ، وهذا مانع من إنشائه بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن الحقوق متباينة ، فلا بد من عاقدين لتتوزع تلك الحقوق عليهما – أما عقد الزواج فالحقوق فيه ترجع إلى الزوج والزوجة ، والذي يتولى العقد سفير ومعبر عنهما فقط ، فعبارته تقوم مقام عبارتين [3] .

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير حـ ٢ ص ٤٣٩ : وبدائع الصنائع حـ ٢ ص ٢٣١

(٢) للشافعية مسائل أخرى مستثناة منها أنه يجوز للأب والجد ان يرهنا مالهما لموليهما اذا كان له دين عليهما وبالعكس ، وفي هذه الحالة يتولى الأب والجد طرفي عقد الرهن انظر المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص ٣٨٧ . ونهاية المحتاج حـ ٤ ص ٢٣٢ والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٣ .

(٣) وهذا مع اشتراطها لصحة ذلك أن يكون العاقد له صفة شرعية بالنسبة لطرفي العقد تجيز له=

ومع هذه التفرقة فقد استثنى الحنفية من عقود المعاوضات بعض صور قليلة كبيع الأب أو وصيه أو الجد مال الصبي الذي في ولايته، من نفسه، أو شرائه منه، وكذلك استثنوا بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين للآخر، معللين هذا الاستثناء بأن الحاجة الشديدة تقضي بإجراء هذه العقود من شخص واحد، لعدم صحة التوكيل من هؤلاء الصغار، فلو منع ذلك لتعطلت مصالحهم، وأيضاً وفور الشفقة عند هؤلاء وحرصهم على مصلحة الصغار مانع من قصد إلحاق الضرر بهم.

كذلك استثنوا بيع القاضي مال القاصر لقاصر آخر، لأن القاضي ولي من لا ولي له، وكذا بيع القاضي من مال وقف إلى وقف آخر كلاهما في ولايته.

ومع إجازة الحنفية عقد الزواج بعاقد واحد فقد اشترطوا لصحة العقد أن يكون المتولي له صفة شرعية بالنسبة لطرفي العقد. أما إذا لم تكن تلك الصفة بأن تولى عقد الزواج من له صفة بالنسبة لأحدهما دون الآخر، كأن يكون أصيلاً أو ولياً، أو وكيلاً عن طرف، وفضولياً بالنسبة للثاني، أو كان فضولياً من الجانبين، فلا ينعقد العقد عند أبي حنيفة ومحمد. وأجازه أبو يوسف موقوفاً على إجازة صاحب الحق.

ويبدو أن هذا المذهب الثالث مذهب يتسم بروح التوسط فلم يضيق الأمر عامة كما هو الحال في المذهب الثاني، لأنه قد توجد حاجة أو ضرورة تحتم قيام شخص واحد مقام شخصين فيعقد عنهما، كما أن المذهب الأول فيه مغالاة تتضح في قول الحنابلة إن الشخص الواحد يصح أن يكون وكيلاً عن المدعي والمدعى عليه، فيقوم بعرض دعوى المدعي، ثم يتقمص شخصية المدعى عليه ويجيب عما ادعاه، بل أكثر من ذلك له أن يقيم حجة كل من المدعين.

إنشاء العقد سواء كانت الصفة متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عليهما أو مختلفة كالولاية بالنسبة لأحد الطرفين والوكاله أو الاصالة للطرف الآخر.

أما القانون المدني : فقد ضيق في هذه المسألة ، فأورد نصاً عامـاً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه ، إلا في بعض الحالات إذ قضت المادة(١٠٨) بأنه: لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ــ على أنـه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجار .

والمادة بظاهرها تفيد أن الأصل في تعاقد الشخص مع نفسه ، عـدم الجواز واستثنت بعض حالات نصت عليها [١] .

صيغة العقد عند اقترانها بالشرط

قد تصدر الصيغة مطلقة عن الشروط والقيود ، وتترتب عليها الآثار ، حين يرى المتعاقدان أنهـا تفي بالغرض المقصود ، وقـد يحس المتعاقدان أو أحدهما أن الصيغة بإطلاقها لا تحقق الحاجة التي يهدفان إليها ، والغرض الذي من أجله أجريا العقد ، فليجآن أو يلجأ أحدهما إلى زيادة أو نقصان فيه ، بواسطة شرط يشترطه المتعاقدان ، ويقبلانه ، أو يشترطه أحدهما ويقبله الطرف الآخر ، وفي هذه الحالة تصدر الصيغة مقترنة ببعض الشروط والقيود ، التي قد تغير من الأثر المقرر للصيغة .

وإنه وإن كان العقد ينشأ بإرادة المتعاقدين متى صدر منهما ما يدل عليه ،

---

(١) الوسيط للسنهوري ص ٢٠١ وما بعدهـا ـ ويفرق القانونيون بين العقـد الملزم لجانب واحد ، وبين التصرف الملزم من جانب واحد ، وقالوا إن الاول تجب فيه إرادتان مثل الهبة بغير عوض ، والوديعة بغير أجر ، والرهن الرسمي والكفالة ، وهذه العقود وان كانت في القانون قد تحولت إلى عقود ملزمة للجانبين ، فلم يبق إلا الوديعة بغير أجر ، وأما الثاني وهو التصرف الملزم من جانب واحد فهو مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف .

إلا أن ترتب الآثار والنتائج عليه بإيجاب الشارع . فلا دخل للمتعاقدين في حدوثها، وهذا هو معنى قول الفقهاء إن العقود أسباب جعليه، أي «أنها يجعل الشارع ووضعه، ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها » .

وهذه الشروط التي قد تشترط في العقد إنما تتبع رغبات المتعاقدين ، وبذا لا تقف عند حد ، وقد يؤدي الاسترسال فيها إلى تبديل المشروع ، وتغيير نظام التعامل ، لهذا لم يترك الشارع أمر هذه الشروط للأهواء والأغراض . بل أجاز أنواعاً منها تحقق بعض الرغبات ، وفي الوقت نفسه لا تتنافى مع ما تقتضيه العقود ، ومنع أنواعاً هي منافية للقواعد الشرعية ، أو تتناقض مع العقود .

ولكن الفقهاء لم تتفق كلمتهم في الشروط المشروعة في العقود ، وغير المشروعة فيها ، بسبب أن النصوص الواردة في الكتاب والسنة لم تحدد الحد الفاصل بينهما بياناً قاطعاً .

ففريق تمسك بظاهر بعض النصوص ، فلم يبح للعاقدين أن يشترطا شيئاً إلا إذا ورد بالشرط دليل خاص معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية، **وهؤلاء هم الظاهرية** (١) : وحصروا الأدلة في النص والإجماع ، أما القياس والعرف وغيرهما من الأدلة فلا اعتبار لها عندهم في تشريع الأحكام ، وقد حصروا الشروط في نوعين :

ا – شروط صحيحة وهي التي ورد النص أو الإجماع بجوازها ، مثل اشتراط المشتري تأجيل دفع الثمن إلى أجل مسمى إذا كان دراهم أو دنانير ، ومثل اشتراط الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلا ، وكاشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى ، وحكم هذا النوع أنه يلزم الوفاء بالشرط ويجب العمل بموجبها .

ب – شروط باطلة أو فاسدة ، وهي كل شرط لم يرد به نص ولا إجماع يدل

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى حـ ٨ ص ٤١٢ .

على جوازه، وحكمه أنه لا يحل اشتراطه، ولا يجوز الوفاء به، وهو مبطل للعقد إن اقترن به، سواء كان العقد عقد تبرع أو معاوضة، ودليلهم على ذلك قوله عليه السلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل».

ويذهب الحنابلة وابن تيمية وابن القيم إلى أن للمتعاقدين أن يشترطا أي شرط يتفق وأغراضهم، ما لم يكن قد ورد من الشارع نهي عنه بخصوصه، وما لم يكن الشرط يعود على العقد بالنقض والإلغاء، فالأصل في الشروط عندهم الجواز والصحة، فلا يبطل شرط منها إلا إذا قام الدليل المعين على إبطاله وإلغائه، أو كان في اشتراطه إلغاء المقصود من العقد وإبطاله، وسندهم في ذلك الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود مثل قوله تعالى: «يَا أَيُّها الذّين آمَنُوا أوْفوا بالعُقُودِ» (المائدة /١)، وقوله سبحانه: «وَأوْفُوا بالعَهْد إن العَهْد كانَ مَسْئُولاً» (الاسراء /٣٤) – ولما كان الشرط في معناه عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر، وكان الاتفاق عليه والرضا به عقداً بين الطرفين يكون مأموراً بالوفاء به – كما استدلوا بقوله عليه السلام: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا»، كما تمسك الحنابلة بما روى البخاري في صحيحه في قضاء عمر بن الخطاب: أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر فقال لها شرطها، فقال الرجل: إذن يطلقنها. فأجابه عمر بتلك الكلمة الخالدة «مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت»[1].

أما المذهب الثالث فهو لجمهور الفقهاء: وهو مذهب وسط. لا يجعل الأصل في الشروط الإباحة كالحنابلة، ولا الأصل فيها الحظر إلا إذا ورد نص خاص كالظاهرية، بل يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر واستثنوا

---

(١) راجع إعلام الموقعين حـ ٣ ص ٣٣٨، والمدخل الفقهي العام حـ ١ ص ٤٩١.

بعضها ، وتوسعوا في هذا الاستثناء . وسنقصر الكلام عن **المذهب الحنفي في الشروط :**

لقد اعتبر الحنفية كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضي العقد شرطاً مخالفاً ، ومفسداً لعقد المعاوضة المالية . ومثاله أن يشترط إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً — أما في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج ،فالشرط فيه يلغو بنفسه ، ويصح العقد فلا يؤثر فيه إلغاء الشرط .

لكن الحنفية استثنوا من المنع أربعة أنواع من الشروط ، فاعتبروها شروطاً صحيحة يلزم الوفاء بها .

١ — الشروط الذي ورد الشرع بجوازها ، كاشتراط تأجيل ثمن المبيع ، واشتراط الخيار لأحد المتبايعين، وهو خيار الشرط[١]،وما يقاس على ذلك كخيار التعيين [٢] وخيار النقد [٣]

٢ — الشروط الذي تلائم العقد ، كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، لأنه توثيق له .

٣ — الشروط الذي يجري بها العرف المعتبر شرعاً ، فإن العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد، كما لو تعارف الناس في بعض الأمكنة

---

(١) هذا الخيار ثبت بالسنة ، فقد شكا أحد الصحابة « وهو حبان بن منقذ إلى النبي عليه السلام أنه كثيراً ما يغبن في البياعات ، فأرشده إلى الخيار بقوله « اذا اشتريت فقل : لا خلابة « لا خديعة » ولي الخيار ، وقد قاس عليه الفقهاء جواز الخيار المذكور للبائع ايضاً لأن حاجته الى ذلك كحاجة المشتري .

(٢)خيار التعيين أن يقع البيع في حكمه من عقود المعاوضات كالإجارة على واحد غير معين من عدة أشياء بشرط أن يكون لأحد العاقدين حق تعيين ما يختاره منها .

(٣) خيار النقد : هو أن يشترط البائع على المشتري المستمهل في دفع الثمن أنه إذا لم يحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما ، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلاً ويتأخر في الدفع .

مثلا بيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة إذا اختلت .

ويذكر بعض الكاتبين أيضاً الشرط الذي يقتضيه العقد، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، ولكن من الواضح أن هذه الشروط لا تثبت شيئاً جديداً ، لأنها مطلوبة الأداء بمقتضى العقد ، ولو لم تشترط ، فكان ذكرها بين الشروط المستثناة عديم الفائدة .

فإذا كان الشرط من ضمن الأنواع الثلاثة السابقة ، كان شرطاً صحيحاً ، يجب الوفاء على من التزمه ، ويلتحق بأصل العقد، وإذا فات تحققه كان الطرف الآخر بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه .

وإذا لم يكن الشرط نوعاً من الأنواع الثلاثة كان شرطاً غير صحيح ، فهو فاسد أو باطل.

فالشروط الفاسدة : هي التي ليست من الأنواع الثلاثة السابقة ، وكانت فيها منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما — مثل أن يشترط البائع للسيارة على مشتريها أن يتركها مدة ليركبها مدة معينة ، أو يبيعها أو يؤجرها لشخص آخر معين ، أو أن تشترط الزوجة على من يتزوجها ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى .

فمثل هذه الشروط فاسدة غير معتبرة في جميع العقود ، ولا يجب الوفاء بها ، وليس هذا فحسب بل إن فسادها لا يقتصر عليها وحدها ، بل يتعدى إلى العقد الذي يقترن به ، فيفسده ، إذا كان من عقود المعاوضات المالية : كالبيع ، والإجارة ، والقسمة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن المال ، والإبراء عن الدين .

فإن كان من عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع، وعقود التبرعات كالهبة

والإعارة ، وعقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن،والإسقاطات كالطلاق، والإطلاقات كالوكالة فإن العقد يبقى صحيحاً ، ويلغو الشرط وحده ، ذلك لأن التزامه غير مشروع ، حيث لم يرد به نص ، ولا جرى به عرف ، وهو مع ذلك مخالف لمقتضى العقد ، فلم تكن له حماية شرعية ، ولا اعتبار في نظر الشارع ، فيلغو الشرط ، ولا يجب الوفاء به .

هذا وإنما فرق الحنفية بين عقود المعاوضات المالية وبين غيرها، فقالوا بفساد الشرط دون العقد ، لأن صحة عقود المعاوضات المالية تتوقف على الرضاء ، فإذا فات الرضا لم يكن العقد صحيحاً ، فحين يبطل الشرط لفساده يفوت معه رضا من اشترطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط — أما في غيرها من العقود ، فإنها لما خلت من معنى المعاوضة لا يوجد فيها موازنة بين عوضين حتى يكون الشرط مقابلاً بجزء من العوض ، ففوات الشرط لا يفوت الرضا [1] .

أما الشروط الباطلة : فهي ما خلت من الأوصاف الصحيحة « فهو لا يقتضيه العقد، ولا يؤكد ما تقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولم يجربه العرف » وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرها .

ومن أمثلتها أن يشترط بائع السيارة على من يشتريها أن يركبها مدة معينة، أو يضعها في مكان خاص ، أو أن يشترط البائع للأرض الزراعية ألا يزرعها المشتري مدة سنة ، أو يزرعها زرعاً معيناً — وحكم هذا القسم أن الشرط يلغو وحده ، ولا يؤثر في العقد مطلقاً ، بل يبقى صحيحاً ، وهذا لأن الشرط لما خلا عن الفائدة لم يفت الرضا بإبطاله وإمضاء العقد بدونه .

---

(١) راجع أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٢١٣ ، راجع هذا البحث في الشروط الشائعة وفي المعاملات للشيخ زكي الدين شعبان المنشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد ٣ ، ٤ السنة الخامسة والعشرون .

وبالنظر في المذاهب السابقة في الشروط المقترنة بالعقود ، نجد أن مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط ، فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسايرة للعرف التجاري الحديث . فهو لا يفرق بين عقد وعقد ، بل جعلوا عقد الزواج أولى من غيره بالوفاء بشروطه [1] .

وقد أجاز القانون أن يقترن العقد بشرط أو يضاف إلى أجل ، فيجوز أن تعلق أحكام العقد جميعاً على شرط واقف ، بحيث تتوقف جميع آثار العقد على تحقق هذا الشرط ، فإذا تحقق ترتبت هذه الآثار مستندة إلى يوم انعقاد العقد ، ولا يختلف في هذا عقد عن عقد ، فالمشرع المصري أخذ بمذهب القائلين بجواز اقتران العقد بالشرط ، وأفصح عن هذا في المادة (١٤٧) على أن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان ، وأن يتحكما في الأثر المترتب على العقد فيخضعانه لرغباتهما ، وذلك لأن المتعاقد بإرادته الحرة هو الذي يوجدالعقد،ويوجد أثره فله أن يتحكم تبعاً لذلكفيماينتج عنها من أحكام في حدود النظام العام والآداب ، وإلا كان باطلاً ، راجع المادة (١٣٥) من القانون المدني الجديد .

---

(١) يقول ابن القيّم في زاد المعاد:في الصحيحين أن الرسول قال :إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » وفيهما « لا تسأل المرأة طلاق اختها لتستفرغ ما في صفحتها ، فإنما لها ما قدر لها » وفيهما « أنه نهى ان تشترط المرأة طلاق أختها » وفي مسند أحمد « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق اخرى » فتضمن هذا الحكم وجوب الوفاء بالشروط اذا أشترطت في العقد إذا لم تتضمن تغييراً لحكم الله ورسوله .. وبعد أن بين بعض الشروط الواجب الوفاء بها، والتي لايجب الوفاء بها ، والمختلف فيها قال : وتضمن حكمه صلى الله عليه وسلم بطلان اشتراط المرأة طلاق اختها ، وانه لا يجب الوفاء به ، فإن قيل : فما الفارق بين هذا وبين اشتراطها ألا يتزوج عليها حتى صححتم هذا ، وأبطلتم شروط طلاق الضرة . قيل الفرق بينهما « إن في اشتراط طلاق الزوج من الاضرار بها ، وكسر قلبها وخراب بيتها ، وشماتة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاح غيرها ، وقد فرق النص بينهما ، فقياس أحدهما على الآخر فاسد » راجع الجزء الرابع من الكتاب المذكور ص ٤ .

الفصل الثاني

محل العقد

المراد بمحل العقد : المعقود عليه ، وهو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه ، وهو إما أعيان مالية ، أو منافع ، أو أعمال . وتبعاً لهذا تنوعت أسماء العقود. فإذا كان المعقود عليه عيناً مالية سمي بيعاً ، أو رهناً ، أو هبة حسب القيود الموضوعة لكل عقد ، وإذا كان منفعة أو انتفاعاً سمي إجارة أو إعارة . أو زواجاً ، وإذا كان عملاً سمي استصناعاً أو إجارة أشخاص ، أو مزارعة ، أو وكالة .

وقد اشترط الفقهاء في المعقود عليه شروطاً ، قالوا بحتمية توافرها ، وهذه الشروط هي :

أولا : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعاً ، وهذا الشرط متفق عليه ، فإذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد ، ويكون باطلاً ، وأسباب ذلك كثيرة منها : أن يكون الشيء غير مال عند أحد كلحم الميتة ، أو مالا لكنه غير متقوم كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، فلا يصح أن يرد على شيء من ذلك بيع ولا هبة ولا وقف—ومنها : أن يكون الشيءمباحاً كالسمك في البحر ، والطير في الهواء قبل الاستيلاء عليها —ومنها . أن يكون الشيء قد نهى الشارع عنه لحكمة راعاها ، كالمحافظة على الآداب العامة ، أو على الأخلاق والحرمات ، أو على الصلات الاجتماعية ، كما في النهي عن استئجار النائحة والمغنية ، والنهي عن الزواج بالمحارم ، كالأم والأخت والخالة والعمة ، فلا يصح الاستئجار على القتل والسرقة وإتلاف الأموال — ومنها عدم قابلية الشيء لحكم

العقد بطبيعته كالخضروات « والثلج ، والفواكه غير المجففة ، فإنها لا تصلح لأن تكون محلاً لعقد الرهن لعدم قبولها لحكمه ، وإن كانت تقبل حكم البيع ، لأنها تشتري للأكل عادة ، أما الرهن فلأن حكمه شرعاً هو الحبس حتى يستوفي الدين في وقته المحدد له ، وهذه الأشياء لا تبقي عادة كثيراً من الوقت .

وقد اشترط القانون أيضاً هذا الشرط ففي المادة (١٣٥) : أن يكون « أي المحل » قابلاً للتعامل فيه ، فإذا كان غير قابل للتعامل ، فلا يصلح أن يكون محلا للالتزام،ويعتبر المحل غير قابل للتعامل : إذا كانت طبيعته والغرض الذي خصص له يأبى ذلك ، أو كان التعامل فيه غير مشروع لمخالفته النظام العام أو الآداب .

والفرق بين القانون ورأي الشريعة الإسلامية في ذلك : أن الفقهاء يجعلون تحريم الشارع وعدمه هو المقياس في كون المحل مشروعاً أو غير مشروع . أما القانون فيجعل الفيصل في ذلك مخالفة الالتزام للنظام العام أو الآداب .

ثانياً : أن يكون المحل معلوما لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع بين المتعاقدين —ويتحقق هذا العلم : إما بالرؤية للمعقود عليه عند العقد إن كان موجوداً،أو رؤيته قبله بوقت،لا يحتمل تغيره فيه ، كما يحصل بالإشارة إليه ، أو برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه أو وحداته غير متفاوتة تفاوتاً معتداً به ، كما يحصل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة إذا كان المال مثلياً ، ولم يكون موجوداً في مجلس العقد، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار،أما إذا لم يبين الجنس كما إذا باع حيواناً أو ثوباً ، أو بين الجنس ولم يبين النوع ، كما إذا باع فرساً أو ثوباً من الصوف ، أو بين الجنس والنوع ولم يبين المقدار ، كما إذا باع مقدار من القمح البلدي فلا يصح البيع في كل ذلك .

والفقهاء على خلاف في اشتراط هذا الشرط : فالشافعية يشترطونه في جميع

العقود ، والحنفية يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وغير المالية كعقد الزواج ، ولا يشترطونه في بعض عقود التبرعات كالوصية والكفالة ، لأنهم قالوا إن الجهالة في عقود التبرعات لا تؤدي إلى النزاع .

أما المالكية فقد اشترطوه في عقود المعاوضات المالية ، ولم يشترطوه في عقود التبرعات ، كالهبة والوصية ، فتصح مع الجهالة عندهم وإن كانت فاحشة ، لأن الشارع حث على الإحسان وعمل الخير ، وتوسع فيه تيسيراً للمحسنين، ولأن الجهالة فيها لا تفضي إلى الخلاف والنزاع — لكنهم اشترطوا أيضاً عدم الجهالة الفاحشة في العقود التي لا يكون المال فيها جارياً مجرى المعاوضات الخالصة ، ولا مجرى البذل كعقد الزواج ، فلم يصح عندهم الزواج مع الجهالة الفاحشة في المهر ، وصححوه مع الجهالة اليسيرة . فمثلاً إذا تزوج المرأة على أثاث بيت صح للجهالة اليسيرة ، ويحكم بالوسط عرفاً ، وإذا تزوج على حيوان شارد غير مقدور على تسلمه فلا يصح للجهالة الفاحشة — ووجهوا مذهبهم في الزواج أن فيه شبهين — أحدهما شبه بالمعاوضات المالية من ناحية وجوب المال فيه ، ومقتضى هذا ألا يصح مع جهالة المهر، ولو كانت يسيرة كما في المعاوضات المالية ، وثانيهما شبه بالتبرعات من ناحية أن المقصود من وجوب المهر المودة والألفة ، ومقتضاه أن يجوز مع الجهالة ، ولو كانت فاحشة كما في عقود التبرعات ، فمراعاة للشبهين اغتفرت الجهالة اليسيرة ولم تغتفر الجهالة الفاحشة [1] .

وقد اشترط القانون كذلك هذا الشرط ففي المادة (١٢٣) مدني . أن يكون (المحل) معيناً بنوعه ومقداره إذا كان محل الالتزام غير معين بذاته ، ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين ، أو مدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من الأغذيه قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

---

(١) الفروق للقرافي حـ ١ ص ١٥٠ الفرق الرابع والعشرين .

وهكذا نرى أن القانون يتفق مع رأي الفقهاء من حيث المبدأ، لكن يختلف معه في التطبيق، إذ أن الفقهاء تشددوا في تعيين المحل تعييناً تاماً بحيث لا يتطرق إليه أي احتمال، بينما القانون لم يشترط ذلك كله . ولذا صح التعاقد قانوناً وإن لم يكن المحل معيناً بالفعل وقت التعاقد ، وكذا صح التعاقد إذا كان المحل قابلاً للتعيين[1]، مع أن ذلك لا يجوز في رأي الفقهاء .

ثالثاً : أن يكون المحل مقدور التسليم وقت التعاقد ولو حكما : كبيع بضاعة لم ترد بعد من الخارج ـ وقد اتفق الفقهاء على اشتراط هذا الشرط في عقد المعاوضات المالية ، ولهذا لا يصح التعاقد على المباح قبل حيازته، لأنه غير مقدور على تسليمه وقت التعاقد، ولأنه حين كان التعاقد مباحاً يستوي فيه حق المتعاقدين على السواء، ما دام لم يدخل في حيازة أحد، وكذا لا يصح بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر البائع على تسليمه، ولا رهنه، ولا هبته، كما لا يصح بيع الصيد بعد فراره لعدم القدرة على تسليمه، ولا يصح بيع المغصوب من غير الغاصب ، ولا إجارته، ولا هبته من غيره لعجز المالك عن تسليمه ، وكذلك لا يصح التعهد بعمل لا يقدر الملتزم على القيام به، كالاتفاق مع طبيب على شفاء المريض من مرضه ، نظير أجر معين ، لأن الشفاء من المرض بيد الله تعالى، ولا يقدر عليه غيره[2] .

أما عقود التبرعات: فالجمهور على اشتراط هذا الشرط في محالها ، وخالف المالكية فقالوا لا يشترط فيها القدرة على التسليم . فأجازوا هبة الحيوان الفار ، وإعارته ، والوصية به ، مستندين إلى أن الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الغرر « وهو ما لا يقدر على تسليمه » وردت في البيع ، فيقتصر الحكم عليه وعلى ما يشبهه ، من عقود المعاوضات المالية ، فيبقى ما عداها على الأصل ، وهو الجواز والصحة . كما أن عقود التبرعات ليست فيها مبادلات مالية يترتب

---

١ ـ الوسيط للدكتور السنهوري ص ٣٨٧ .

٢ ـ المحلي لابن حزم حـ ٨ ص ١٩٦ .

على عدم التسليم فيها نزاع بين المتعاقدين .

وهذا الشرط لم يشترطه القانون ، حيث إنه أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد ، وإنما يوجد في المستقبل كما سيأتي بيانه .

رابعاً : أن يكون المحل موجوداً عند العقد .

عرفنا فيما سبق أن المحل قد يكون عيناً كما في عقد البيع والهبة والرهن ، وقد يكون منفعة كما في الإعارة والإجارة ، وقد يكون عملاً كما في الاستصناع والمزارعة .

فإذا كان المعقود عليه معدوماً وكان عيناً ، أو منفعة ، أو عملاً ، فقد اتفق الفقهاء على أن المعدوم من ذلك الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد . فمن تعاقد مع طبيب على علاج مريض قد توفى ، أو تعاقد مع عامل على حصاد زرع قد احترق ، لا يصح ، لأن الميت لا يصلح أن محلاً للعلاج ، وكذا الزرع بعد احتراقه لا يتصور حصاده

ولما كانت المنفعة بطبيعتها غير موجودة عند العقد اتفقوا على أنه لا يشترط وجودها عند التعاقد . إنما الشرط إمكان تحققها في المستقبل ، وهذا ما يتفق مع طبيعة المنافع لأنها معدومة وتوجد شيئاً فشيئاً .

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في حال ما إذا كان العقد وارداً على عين مالية ، هل يشترط أن يكون المحل موجوداً ؟: فالحنفية والشافعية اشترطوا ذلك في جميع العقود ، دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات. فلم يصححوا لذلك بيع المعدوم ولا هبته ولا رهنه ، كما لا يصح عندهم ما لا يتيقن وجوده كاللبن في الضرع ، والحمل في بطن أمه ، لاحتمال أن يكون انتفاخاً ، أو يولد الحمل ميتاً. كما حكموا ببطلان بيع الزرع قبل ظهوره[1] ، لاحتمال أن الأرض لا تنبته ـ وحجتهم في

---

١ ـ أما بعد ظهوره فمذهب الحنفية كما حكاه الكاساني ، أنه يجوز وان كان قبل بدو الصلاح=

ذلك ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع المعدوم ، ونهى عن بيع حبل الحبلة (أي بيع ولد الناقة وهو في بطن أمه) .

ولكن الحنفية بعد أن اشترطوا ذلك في جميع العقود ، وجدوا أن عقوداً كثيرة قامت الأدلة الخاصة على صحتها ، مع أن محلها غير موجود وقت العقد ، مثل عقد السلم « وهو بيع ما ليس عند الإنسان بثمن حال » فقد أجازه الرسول عليه السلام بقوله «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » — ومثل عقد الاستصناع « وهو الاتفاق مع أحد الصناع على أن يصنع له شيئاً نظير أجر معين بخامات من عنده » فإنه مجمع على جوازه لحاجة الناس إلى التعامل به على هذا الوجه ، مع أن المعقود عليه وهو عمل العامل أو الشيء المصنوع غير موجود عند العقد ـ فلهذا قالوا إن مثل هذه العقود واردة على خلاف القياس[1].

أما المالكية فاشترطوا وجود المحل في عقود المعاوضات لا غير ، وقالوا في

=اذا لم يشترط الترك ،ومن مشايخنا من قال لا يجوز إلا اذا صار بحال ينتفع به من بوجه من الوجوه فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلاً لا ينعقد ـ واحتجوا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، ولأنه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون ما لا فلا يجوز بيعها . وهذا خلاف الرواية ، فإن محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بأمر البائع حتي أدركت فالعشر على المشتري ، ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري ـ والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا مؤبرة فثمرتة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ،فقد جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أولاً ،فدل على انها محل البيع كيف ما كان ـ أنظر بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١٣٨ ـ ١٣٩ .

١ ـ معناه الأصل أن هذه العقود لا تصح لكونها وردت على محل غير موجود وقت التعاقد لكن حكم بصحتها استثناء من الأصل استناداً إلى الأدلة الخاصة الواردة بشأنها فكانت صحيحة استحساناً لا قياساً .

عقود التبرعات يصح أن يكون المحل معدوماً ، فأجازوا هبة ما ينتجه الشجر أو النخيل من الثمر ، كما أجازوا لدفع الحرج عن الناس بيع المعدوم من الخضروات التي تظهر شيئاً فشيئاً كالباذنجان والبطيخ والخيار ، لأن هذه الأشياء لا تظهر دفعة واحدة ، بل يظهر بعضها إثر بعض .

والحنابلة وخاصة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، أجازوا التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف ، وارتفع الغرر[1] ، وقد حملا ما ورد من النهي عن بيع المعدوم على النهي عن بيع الغرر ، كما قالا إن السبب في منع التعاقد على المعدوم هو منع الغرر وخوف التنازع ، وحيث إن الفقهاء اشترطوا كون محل العقد متعيناً بحيث ترتفع الجهالة ويزول الغرر ، فلا محل لاشتراط وجود محل العقد وقت التعاقد بعد ذلك . فإن كان المعدوم مما يحتمل وجوده مستقبلاً ، ويقدر على تسليمه حينذاك صح العقد لانتفاء الغرر ، ومن هنا صح عندهم بيع البعير الشارد ، وما لا يقدر على تسليمه .

وقد تفرع على هذا الشرط بيع الثمر على الشجر ، والخضر في الأرض للتجار وحكمها : أنه إما أن يكون ذلك قبل ظهور الزرع أو الثمر أو بعد ظهورهما ، فإن كان قبل الظهور فالبيع غير جائز مطلقاً ، باتفاق الفقهاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم: أرأيت إذا منع الله الثمر ، بم يستحل أحدكم مال صاحبه؟» ولأن الثمر قد يتلف ، أو قد لا يظهر الزرع ، أو يصيبها آفة تهلكها قبل ظهورهما ، فيفضي بيعها قبل الظهور إلى الغرر المفضي للتنازع .

فإن كان الثمر أو الزرع قد ظهرا : فإن كان ينتفع بهما انتفاعاً كاملاً فيصح التعاقد عليهما لوجود محل البيع ، وأجاز محمد بقاء النبات والزرع في الأرض لحين الحصاد . أما إن كانا بحالة لا يمكن الانتفاع به انتفاعاً كاملاً ، بأن كان البلح

---

١ ـ الغرر ما لا يقدر المتعاقد على تسليمه موجوداً كان أو معدوماً .

بسرا ، والعنب حصرماً فقد أجاز محمد بيعها وخالفه الشيخان[1] في ذلك .

ويرى بعض الفقهاء جواز بيع الحديقة التي فيها شجر بدا صلاح ثمر بعضه ، ولم يبدصلاح البعض الآخر،وأجازوا تبقيته إلى حين النضج ، لأن العبرة للغالب، كما أن اشتراط بدو صلاح الثمر جميعه ، يلحق مشقة بالناس في المعاملات – على أن تعارف الناس فيزماننا هذا، وحذقهم في الخبرة والتقدير يجعل القول بجواز هذا البيـع لازماً ، إذ أن العلة التي من أجلها كان المنع وهو الغرر قد انتفت وزالت .

وقد اشترط القانون المدني : أن يكون المحل موجوداً إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني ، واشترط أن يكون ممكناً وجوده في المستقبل إن كان عملاً أو امتناعاً عن عمل– يقول الدكتور السنهوري : ولعل القانون الجديـد الذي نحن بصدده،قد انحرف عن الرأي السائد المعروف من قواعد الفقه الإسلامي ، فنص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٣١ : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » بعد أن كان القانون القديم خلواً من هذا النص ، ثم يقول : ومـع هذا فالقانون الجديد فيما اتجه إلى ما يقرب مما ذهب اليه ابن القيم وابن تيمية في جواز التعاقد على المعدوم وقت العقد ما دام يتعين بما يمنع الغرر ، والقانون وإن أجاز التعاقد على شيء معدوم وقت التعاقد ، إلا أنه نص على بطلان العقد إذا كان المحل مستحيلاً ، (المادة ١٣٣) والتعامل في تركه المورث قبل وفاته ولو برضاه إلا فيما نص عليه القانون فقرة/٢ مادة ١٣١[1] » .

والقانون لا يختلف مع رأي جمهور الفقهاء إلا في بعض التطبيقات،كمافيبيـع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر جزافاً ، أو بسعر الوحدة، وبيـع

---

١ ـ انظر المبسوط حـ ١٢ ص ١٩٥ – ١٩٦ وبدائع الصنائع حـ ٥ صفحة ١٣٩ .

٢ ـ انظر الوسيط للسنهوري في شرح المواد ١٣١-١٣٥ ـ من صفحة ٣٧٥-٤١٣.

النتاج الذي لم يولد، وبيع المؤلف لمؤلفه قبل أن يبدأه أو يتمه ، فهذه كلها بيوع صحيحة في القانون ، لإمكان وجود محل العقد في المستقبل، وإن كان غيرموجود وقت التعاقد، لكنها غير صحيحة في رأي جمهور الفقهاء لعدم وجود المحل وقت التعاقد ، وإن كانت صحيحة في رأي ابن تيمية وابن القيم .

الفصل الثالث

العاقدان

يوجد العقد وينشأ بإصداره ممن يريدان التعاقد ، فعبارة كل منهما هي الموجدة له ، وبوجوده يحصل الارتباط ، وتترتب الآثار ، وتبنى الأحكام ، والناس ليسوا جميعاً متساوين في صلاحية التعاقد وإنشاء العقود . بل هم متفاوتون تفاوتاً كبيراً، تبعاً لتمتعهم بالأهلية والولاية، وعدم تمتعهم بهما، أو تمتعهم بإحداهما دون الأخرى ، ومن هنا كان من الناس من تصلح عبارته لإنشاء العقود كلها من غير توقف على إرادة غيره ، ومنهم من تصلح عبارته لإنشاء بعض العقود دون البعض الآخر ، ومنهم من تصلح عبارته لإنشاء العقود كلها ، لكن العقد الصادر منه لا يكون نافذاً ، ولا تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد صدور العبارة منه ، بل يكون متوقفاً على شيء آخر وراء ذلك .

ثم إن العاقد لا بد وأن يكون إنساناً ، لكن الإنسانية وحدها غير كافية لإنشاء العقود ، إذ لا بد من أهلية العاقد ، وكذا لا بد من صفة أخرى وراء الأهلية ، هي الولاية لكي يكون العقد نافذاً ، تترتب عليه آثاره ، وهذه الولاية تشمل النيابة وهي الوكالة ، لهذا كان الكلام في العاقد يستدعي الكلام في الأمور الآتية : الأهلية ، والولاية والوكالة ، وأخيراً الفضولي . ونوضح ذلك في مباحث .



المبحث الأول

الأهلية

معنى الأهلية : هي في اللغة الصلاحية ـ وفي الاصطلاح صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً .

أنواعها : وهي نوعان : أهلية وجوب ، وأهلية أداء ـ وكل منهما ينقسم إلى قسمين : ناقصة ، وكاملة أو تامة .

أولا : أهلية الوجوب وأقسامها :

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، أو صلاحيته للالزام والالتزام ــ ومناط هذه الأهلية عند الفقهاء الذمة [1] ، وهي صفة شرعية يقدرها الشارع في الشخص ، يصير بها أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، وتثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه ، فمتى تحققت الحياة وجدت الذمة ، ووجدت معها هذه الأهلية ــ **وهذه الأهلية نوعان : كاملة ، وناقصة :**

فأهلية الوجوب الناقصة هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ، دون أن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت هذه للجنين قبل الولادة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، وهي التي له فيها منفعة ، ولا تحتاج إلى قبول ، كثبوت

---

١ ــ يفسر القرافي الذمة : بأنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم وهذا المعنى جعله الشرع سبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ، ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيها لا ذمة له ، ومنها ترك الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه ، يقبل إلزامه أرش الجنايات ، وأجر الاجارات ، وأثمان المعاملات ، ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل التزامه ، إذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام ـ انظر الفروق للقرافي حـ ٣ ص ٢٢٠ .

النسب من أبويه ، والإرث والوصية ، والاستحقاق في غلة الوقف .

وأهلية الوجوب الكاملة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه ، وتثبت بمجرد الولادة حياً ، فيكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يجوز للولي أو الوصي أداؤها بالنيابة عنه ، كالحقوق المالية كثمن شيء ونفقه قريب محتاج .

ولا أثر لأهلية الوجوب بنوعيها في إنشاء العقود فقد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة ، ولا يكون أهلاً لإنشاء عقد ، كما في الصبي غير المميز فهو متمتع بأهلية وجوب كاملة ، ولكن إذا عقد عقداً أو تصرف تصرفاً ولو كان نافعاً نفعاً خالصاً له ، كقبول هبه أو وصية ، لا يصح عقده ولا تصرفه ، لأن عبارته ملغاة غير معتد بها .

ثانياً : أهلية الاداء :

وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً ، وتترتب عليها الأحكام ، فإذا أقام الصلاة ، أو فعل فعلاً واجباً عليه ، كان فعله مسقطاً عنه الواجب ، ومعتداً به شرعاً ، كما أنه إذا اقترف جناية على نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته ، وعوقب على فعله ـ ومناط هذه الأهليه : التمييز والعقل . فلا تثبت للجنين وهو في بطن أمه ، كما لا تثبت له عند ولادته ، بل حتى يبلغ سن التمييز وهو في السابعة من عمره .

وهذه الأهلية نوعان : كاملة ، وناقصة . فمتى كان الشخص تمييزه كاملاً وعقله كاملاً ، كانت له أهلية أداء كاملة. أما إن كان ناقص التمييز أو العقل فتكون له أهلية أداء ناقصة ، وأهلية الأداء لا وجود لها في الطفل قبل التمييز ، والقدرة على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً ، وعلى القيام ببعض الأعباء ، لأنها أساس الأعمال والتصرفات الشرعية .

تقسيم الأعمال بالنسبة لأنواع الأهلية :

تنقسم الأفعال التي تصدر من الشخص وتترتب عليها آثار، ونتائج شرعية ، من حيث علاقتها بالأهلية إلى نوعين .

الأول : أفعال لا يشترط في فاعلها العقل ، بل يرتبط فيها الأثر بمجردالفعل ارتباطاً مادياً، كارتباط سائر المسببات بأسبابها الطبيعية ، وذلك كالفعل الضار من حيث سببيته الشرعية لضمان الضرر الحاصل به ، فلو أتلف أو عيّب الطفل غير المميز أو المجنون شيئاً لغيره، أصبح ملزماً بضمان عوض ما أتلف أو عيب .

وأمثال هذه الأفعال تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط، لتحمل نتائجها المالية .

الثاني : أفعال يشترط في فاعلها العقل والتفهم لكي يعتد بها ، وتترتب عليها آثارها ونتائجها الشرعية ، لأن لنتائجها ارتباطاً بالمقاصد والإرادات ،ولا اعتبار للإرادة والقصد بلا عقل ولا إدراك ـ ومن هذا النوع جميع العقودوسائر التصرفات المدنيه من قولية وفعلية ، كاستلام المبيع ، أو قبض الثمن ، فإنهما لا يصحان من الطفل غير المميز ، وكإحراز المباحات العامة ، فان الطفل غير المميز لا يملك ما يقع في يده منها ، ومن هذا أيضاً جميع العبادات الدينيه من صلاة وصيام وحج وغيرها .

وأمثال هذه الأفعال تعتمد أهلية الأداء في الفاعل لكي يعتد بها من حيث إن لنتائجها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل .

مراحل أهلية الانسان في اطوار حياته :

ترافق الأهلية حياة الإنسان، وتمر في التكامل بأطوار تساير أطوار حياته، فتبدأ له أهلية الوجوب الناقصة أولا ، ثم تثبت له أهلية الوجوب الكامله ، ثم أهلية الأداء الناقصة ، ثم أهلية الأداء الكاملة ، هذا إذا كانت حياة الإنسان

تسير سيرها الطبيعي ، من غير وجود عارض يؤثر على أهليته من جنون أو عته أو سفه .

وقد قسمت حياة الإنسان تبعاً لأطوار حياته إلى أربعة مراحل: ١ – مرحلة كونه جنيناً ، ٢ – مرحلة الطفولة وعدم التمييز ، ٣ – مرحلة التمييز ، ٤ – مرحلة البلوغ مع الرشد .

١ – مرحلة الحمل :

الإنسان وهو جنين في بطن أمه له اعتباران : اعتبار بالنسبة إلى أنه قطعة من أمه يقر بقرارها ، وينتقل بانتقالها ، فهو بهذا الاعتبار غير مستقل ، ليس أهلاً لشيء ، فلا يجب له حق ولا يكلف بواجب ، واعتبار آخر هو أنه نفس مستقلة ، له حياة خاصة ، يوشك أن ينفصل عن أمه ويستقل بحياته ، فهو بهذا أهل لأن يجب له وعليه – فمراعاة للشبهين ثبت للجنين بعض الحقوق – وكانت له أهلية وجوب ناقصة – واقتصرت أهليته على الحقوق الضرورية له ، لأنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حياً ، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً ، وربطة بالتزامات تكون كلها عرضة للانتقاض ، وهذه الحقوق الضرورية هي : النسب من أبويه – ٢ – الميراث إذا مات أحد مورثيه ، ويوقف له من تركه مورثة أكبر النصيبين على تقدير كون الحمل ذكراً أو أنثى . – ٣ – استحقاق ما يوصى له به أو يوقف عليه . على أن ما يوقف عليه أو ما يوصي له به أو الميراث ليس للجنين فيه ملكية نافذه ، بل هي متوقفة على ولادته حياً ، فإذا ولد ميتاً رُدّ ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن ولد حياً ولو تقديراً[١] تثبت له ملكية مستندة إلى

---

١ – تكون حياة الحمل تقديرية اذا أسقط بجناية على أمه ، كما لو ضرب أحد امرأة حبلى فأسقطت من الضرب جنيناً ميتاً ، فإن هذا الجنين يعتبر حياً حكماً ، وأنه مات بفعل الجاني فيلتزم الجاني بدية الجنين التي تسمى غرة ، وقدرها خمسمائة درهم (خمسين ديناراً) تعطي لورثة الجنين كما يثبت حق الجنين في ميراث مورثه الذي مات قبلا ، فيعطي نصيب الجنين من الميراث لورثته هو ولا يعاد لورثة مورثه (الدر المختار ﺟ ٥ ص ٣٧٧ .

وقت ثبوتها بأثر رجعي .

٢ - مرحلة الطفولة :

تبدأ هذه المرحلة من حين يولد الشخص حتى سن التمييز «السابعة من عمره» ومعنى التمييز : أن يصير الإنسان وعي وإدراك يفهم به خطاب الشارع إجمالاً ، فيدرك معاني الأعمال الدينية ، والمعاملات المدنية ، ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات ولو بصورة مجملة ، فيعرف الفرق بين البيع والشراء ، وأن أحدهما سالب والآخر جالب .

والطفل في هذه المرحلة يسمى « غير مميز » لكنه حيث كانت له حياة مستقلة اتسعت أهليته ، فكملت له أهلية الوجوب. وأصبح أهلاً لثبوت الحقوق له والالتزامات عليه ، فيملك الطفل ما يشتري له أو يوهب ، ويعقد عنه وليه أو وصيه نيابة عنه سائر العقود من بيع وقرض ورهن وإجارة ، وتترتب عليه نتائجها ، وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية ، فإذا زوجه وليه لزم المهر في ماله ، وتجب عليه نفقة الزوجية ، ويجب عليه قيمة ما أتلف من مال غيره ، ولو بدون وعي منه ، وتلزمه جميع الحقوق العامة كضرائب الأطيان الزراعية ، وضريبة المكوس ، وكذا جميع المؤونات الاجتماعية كنفقة الأقارب من آباء وإخوة ونحوهم ، لأنها كنفقة الإنسان على نفسه . هذا إذا كان الطفل غنياً .

لكنه لا تثبت له أهلية الأداء ، فلا يعتد بشيء من التصرفات التي ينشئها بنفسه من أقوال أو أفعال . فأقواله هدر لا يترتب عليها حكم ، وعقوده باطلة ، حتى ولو كان تصرفه نفعاً محضاً له كقبوله الهبة أو الصدقة ، لكن ينوب عنه الولي أو الوصي في مباشرة هذه العقود إذا احتاج إليها .

أما أفعاله الدينية والمدنية كالصلاة والصوم ، وقبض المبيع والقرض فغير معتبرة . فإذا اشترى للطفل وليه أو وصيه شيئاً فسلمه البائع إلى الطفل لا

يعتبر تسلمه فلو هلك في يد الطفل يهلك على حساب البائـع ، وكذا لو قتل الطفل مورثه لا يحرم الطفل القاتل من ميراثه لسقوط المؤاخذة عنه .

٣ – مرحلة التمييز :

ويسمى طور الاستنارة العقلية ، إذ تأخـذ فيه أمام الإنسان الحقائق والمدركات في الظهور ، ويتكون له وعي صحيح ، لكنـه صادر عن عقل غض لم ينضج بعد . والواقع أن مبدأ التمييز ليس له سن معينة من عمر الإنسان ، فقد يحصل مبكراً ، وقد يتأخر تبعاً لفطرة الطفل ومبلغ ذكائه وموهبته العقلية ، ومن هنا لم يجعل الشرع أحكام التمييز منوطة بحقيقته ، بـل ناطها بسن معينة ، مناسبة من عمر الإنسان . فاعتبر تمام السنة السابعة من العمر هي المبـدأ لطور التمييز . وأثبت عندها الأحكام .

فالصغير إذا وصل إلى سن التمييز ، أصبح استعداده في حـال وسط بين الطفل غير المميز والبالغ الرشيد ، وهي حالة تقتضي أن يفسح له المجال في التصرف لا بصورة مطلقة ، لكن بصورة مقيدة ، إذ أنه لا يزال بعد في حاجة إلى حماية حقوقه من سوء تصرفاته ، وأخطائه المتوقعة ، أي أنه في حاجـة إلى حماية نفسه من نفسه ، حيث لا يزال عقله غير ناصج ، لهذا قرر الفقهاء أن للصغير المميز في هذه المرحلة أهلية أداء قاصرة بالنسبة للمعاملات المالية ، والتصرفات المدنية ، فعلية كانت أو قولية ، نظراً لقلة خبرته في التصرف وعدم معرفته بأحوال الناس .

وقد قسموا تصرفات الصغير المميز إلى ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات التي هي ضرر مالي محض في حق الصغير ، وذلـك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة ، أو صدقة ، أو وقف – فهذا القسم لا يملك الصغير فعله ، ولا يملك أحد من ولي أو وصي أو قاض أن يجيزه أو يفعله عنه ،

فإذا وقع كان باطلاً حماية لحقوق الصغير بمقتضى قصور أهليته[1] . وقد عَدَّ الفقهاء من هذا طلاق الصغير لزوجته إن كان زوجاً ، وأبطلوه لأنه يلحق به خسارة المهر ومنفعة الزوجة .

الثاني : التصرفات التي هي نفع محض في حق الصغير ، وذلك كقبول الهبة أو الصدقة ، وكإحراز المباحات ، فتصح منه هذه التصرفات، وإذا فعلها كانت نافذة من غير توقف على إجازة وليه أو وصيه ، وعدوا من هذا القسم : قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره لأن ممارسته لها فيها تمرين له، وتعريف له بوجوه التصرفات ، وهي نفع محض .

الثالث : التصرفات المحتملة للنفع والضرر ، وتحتمل الربح والخسارة كالبيع والشراء ، والإجارة والاستئجار ، والرهن والارتهان ، وهذا القسم من التصرفات يملك الصغير ممارسته ، ويصح منه ، إلا أنه لا يستقل فيه برأيه ، بل يتوقف نفاذه على موافقة ، وإجازة وليه أووصيه ، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت .

وإنما صحت من الصغير المميز مباشرة هذه التصرفات بنفسه ، لأنه يتمتع بأهلية أداء، لكن اشترط لنفاذها موافقة الولي أو الوصي لقصور تلك الأهلية ، واحتمال هذه التصرفات للنفع والضرر في حقه . وتحصل الموافقة بأحد وجهين : إما بإذن سابق ، وإما بإجازة لاحقة بعد التصرف ، ويدخل في الإذن جميع التصرفات التي تعد في العرف من شئون التجارة ، كالبيع والإجارة

---

(١) استثنى من هذا إقراض مال اليتيم من القاضي ، فإن القرض وإن كان فيه معنى التبرع ابتداء . لكنه يترتب عليه صيانة مال اليتيم من الضياع ، وهو خير من الإيداع ، لأن القرض مضمون على المقترض في جميع الأحوال ، والوديعة إذا هلكت دون تعد من الوديع عليها أو تقصير في حفظها تهلك أمانة غير مضمونة ، ثم القاضي بما له من السلطة إذا تولى الاقراض ، لم تكن هناك خشية على مال الصغير ـ راجع (رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٤١) .

والمزارعة والرهن .

والإذن قد يكون صراحة بأن يقول له الولي مثلاً : أذنت لك بالتجارة ، أو اذهب إلى السوق فبع واشتر ، وإما دلالة ، كما لو رآه وليه يتعاطى مع الناس البيع والشراء ، فظل ساكتاً عنه فإنه يصبح مأذونا ، وذلك لحاجة التعامل ، ودلالة الحال ، كما أنه من المقرر « أن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » ، وإلا تغرر الناس بدلالة حال الولي ، وتورطوا في التعامل مع الصغير ، وهو غير مأذون .

والإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان المجيز يملك إنشاء هـذا العقد وإنفاذه ابتداء ، فلو عقد الصبي المميز بيعاً بغبن فاحش ، لم يملك الولي إجازته ، لأنه لا يملك مثل ذلـك ابتداء ، فلا يملكه إجازة . ويقع العقد باطلاً من أول أمره .

فإذا لم يجز ولي الصغير أو يرفض ، حتى بلـغ الصبي ، وصارت له أهلية كاملة ، تملّك حق إجازة ما عقده ، لأنه ببلوغه استقل بتصرفاته ، فله أن يجيزها وأن يرفضها .

ثم إن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، فينفذ تصرف الصغير المميز مستنداً إلى وقت التصرف ، فإذا تزوج بدون إذن وليه ، ثم أجاز الولي بعد شهر مثلاً ، نفذ الزواج ، من حين العقد ، وترتبت عليه آثاره من وقت التزوج ، وإذا رده يبطل من حين العقد أيضاً ـ وقد منع قانون الولاية على المال تسليم مال القاصر إليه ، إلا إذا بلغ الثامنـة عشرة ، وأذن له الولي في تسلم أمواله كلهـا ، أو بعضها لإدارتها بإشهاد رسمي لدي الموثق ، أو أذنت له المحكمة بعد سماع أقوال الوصي .

٤ ـ مرحلة البلوغ والرشد :

وهذه المرحلة يكون الشخص أقرب إلى التمام عقلا وجسما . فلذا تكمل له

أهلية الأداء إذا بلغ رشيداً – لأنه بلغ حداً يعرف فيه الخير من الشر ، والنافع من الضار .

ويعرف البلوغ بظهور علاماته الطبيعية ، وهي في الغلام الإنزال ، وفي الفتاة الحيض ، فمتى ظهرت العلامات حكمنا بالبلوغ ، دون التقيد بسن معينة ، أما إذا تأخر ظهورها اعتبر الشخص بالغاً ببلوغه سن البلوغ – وقد اختلف فيه : فذهب أبو حنيفة إلى أنه ببلوغ الفتى الثامنة عشرة من عمره ، والفتاة السابعة عشرة [١] – وقال الصاحبان إن سن البلوغ خمس عشرة سنة لكل من الفتى والفتاة ، وقدره الإمام مالك بسبع عشرة سنة لهما ، ورأي الصاحبين هو المفتى به [٢] .

أما **الرشد** : فهو في اللغة الصلاح والهدي إلى الصواب في الأعمال ، وهو عكس الغيِّ والضلال : قال تعالى « لا إِكْرَاهَ في الدِّينِ قَدْ تَبيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الغيِّ » (البقرة/٢٥٦) .

أما حقيقته عند الفقهاء : فهو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية – كذا نقل عن ابن عباس ، ويقابله السَّفَه ، وهو تبذير المال وإتلافه في غير حكمة ، سواء أكان في أمور الشر كجمع الفساق والإنفاق عليهم ، أم في أمور الخير ، كصرف الشخص جميع ماله في بناء مسجد ، وهو في حاجة إلى الضروريات .

والرشد المالي قد يرافق البلوغ وقد يتأخر عنه ، وذلك بحسب فطرة الشخص ، وما يكون له من سابقة تمرين وخبرة في شئون المال وأحوال الناس ،

---

(١) نقل صاحب البدائع أن أبا حنيفة يقول : إنه ببلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره ، وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها (راجع بدائع الصنائع حـ ٧ ص١٧٢) .

(٢) الشخص بين الثانية عشرة من عمره في الذكور وتسع سنوات في الإناث وبين سن البلوغ يسمى مراهقاً .

- ولهذا يناط كمال الأهلية بالرشد لا بمجردالبلوغ .

وهن هنا وجب شرعاً عند بلوغ النظر في أمره ، فإذا ثبت أنه بلغ رشيداً فإنه يعتبر منذ البلوغ كامل الأهلية ، فلا ولاية ولا وصاية تثبت عليه ، وتنفذ جميع تصرفاته وإقراراته ، وتسلم إليه أمواله - أما إذا لم يثبت رشده مع بلوغه، فإنه يبقىقاصر الأهلية كما كان قبل البلوغ ، وتمنع أمواله ، وتستمر عليه الولاية المالية إلى أن يثبت رشده - كما أفاد قوله تعالى : « وابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إذَا بَلَغوا النِّكاح فإن آنَسْتُم منْهُم رشداً فادْفَعُوا إلَيْهِمْ أموَالَهَم » (النساء/٦) وخالف أبو حنيفة في هذا فقال : إذا بلغ عاقلا غير رشيد كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، ولكن أمواله لا تسلم إليه على سبيل الاحتياط والتأديب ، لا على سبيل الحجر ، لأن من رأيه أنه لا حجر على السفيه ، على أن هذا التأديب ومنعه من ماله ينتهي بأحد أمرين إما رشده قبل بلوغه خمساً وعشرين سنة ، أو بلوغه هذه السن .

سن الرشد :

لم يحدد الفقهاء سناً للرشد ، لكونه يختلف تبعاً لفطرة الشخص ، واستعداده كما يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، وبحسب التربية العامة والعلم ، وقد ترك الشرع تحديده لولي الامر، حسبما تقضي به المصلحة.

على أن الشريعة الإسلامية تدل نصوصها، ودلائل أحكامها ، على أنه لا يعتبر رشد قبل البلوغ ، فالبلوغ شرط مبدئي للرشد . لكن قد يصاحب الرشد البلوغ ، وقد يتخلف عنه .

وقد اختلف الفقهاء في مدى انتظار الرشد . فذهب أبو حنيفة إلى أن انتهاء الولاية المالية على الشخص ، وإطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ، ولو كان سفيهاً متلافاً، لكن أمواله إذا بلغ سفيها يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يتم الخامسة والعشرين من عمره ، وجمهور الفقهاء

والصاحبان قالوا إنه يجب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد إلى أن يؤنس منه الرشد دون تحديد سن معينة، غير أن أبا يوسف يشترط لحجر السفيه قضاء القاضي به، ولو كان سفهه أصلياً منذ البلوغ [1] .

وقد استقر القانون المصري أخيراً سنة ١٩٥٢ على تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة . فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة — ٤٤ — وسن الرشد هي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة » ، وجاء في الفقرة الأولى من المادة — ٤٤ — من القانون — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وكذلك قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يوافق رأي الفقهاء في ارتفاع الولاية ببلوغ سن الرشد ، الذي حدد أدناه بإحدى وعشرين سنة ميلادية ، من غير فرق بين الغلام والفتاة ، فإذا بلغ أحدهما هذه السن اعتبر رشيداً ما لم تقرر المحكمة الحسبية استمرار الولاية عليه بسبب السفه وسوء التصرف ، وقبل هذه السن يعتبر كلاهما ناقص الأهلية ، وتبقى الولاية عليه كما كانت قبل البلوغ .

عوارض الأهلية

قد يعرض للإنسان ما يؤثر على أهليته ، فيزيلها أصلا ، أو ينقصها ، وقد قسم الأصوليون عوارض الأهلية إلى قسمين :

أ — عوارض سماوية لا دخل للإنسان فيها، تزيل العقل كالجنون، أو تجعله مختلا كالعته .

---

(١) كشف الأسرار للبزدوي حـ ٤ ص ١٣٧١ - رد المحتار حـ٥ ص ٩٤ .

ب – عوارض مكتسبة للإنسان دخل فيها ، تنشأ باكتسابه نفسه ، أو بفعل غيره كالسكر أو السفه أو الدين أو النوم أو النسيان أو الإغماء ، وكمرض الموت والهزل والخطأ والإكراه [١] .

وقد عَدّ بعض العلماء من العوارض الصغر مع أنه ليس عارضاً ، بل هو أمر ثابت بأصل الخلقة لكل إنسان ، ولكن ما دام بحثنا في أهلية التعاقد سنقصر الكلام على ما يعرض لأهلية الأداء التي هي أساس التعاقد وهو الأمور الآتية :

النوم – والإغماء – والجنون – والعته – والسفه – والغفلة – والدين – ومرض الموت .

١ – النوم :

هو فتور طبيعي يعرض للإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة ، لا يزيل العقل بل يعطله ، ولا يزيل الحواس الظاهرة بل يعطلها ، وعبارة النائم غير معتبرة ، فكل ما يصدر عنه من قول وهو في هذه الحالة، يكون لغوا لا يترتب عليه أي أثر ، لعدم قصده وإرادته .

٢ – الإغماء :

هو مرض في الدماغ أو القلب يعطل القوى المحركة للإنسان ، أو القوى المدركة فيه ، ولا يزيل العقل [٢] ، وهو يشبه النوم من جهة أن كلا منهما يعطل القوى الظاهرة والعقل، فلهذا كان حكمهما واحداً من ناحية تأثيرهما في التصرفات والعقود ، فلا اعتبار للعبارات الصادرة منه أصلاً، ولا ينعقد بها عقد لعدم القصد

---

(١) وقد توسع بعض العلماء ، فعد من عوارض الاهلية ما ليس له تأثير في أهلية التعامل بل يقتصر تأثيره على بعض العبادات ، كالنفاس والسفر ، بل لقد توسع بعضهم في إطلاق العوارض على الصفات غير الذاتية للانسان سواء كانت طارئة أو غير طارئة .

٢ – راجع التلويح على شرح التوضيح لسعدالدين التفتازاني جـ٣ ص ١٦٧ .

والإرادة فهو كالنائم ، وإن كانا يفترقان في أن النوم عارض طبيعي ، والإغماء عارض غير طبيعي .

٣ – الجنون :

هو آفة تصيب الإنسان فتحدث خللا في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة ، المدركة للعواقب ، وحكم هذا العارض أنه يزيل أهلية الأداء بنوعيها. فالمجنون في أحكامه كالصبي غير المميز ، لا يصح منه أي تصرف ولا يترتب على عباراته أي أثر من الآثار .

والجنون على نوعين : جنون مطبق « أي مستمر » وجنون غير مطبق ، وهو الذي يعرض للشخص في بعض الأوقات دون بعض ، وفي هذا النوع الأخير يكون التصرف الذي يصدر من الذي أصيب به في وقت الإفاقة صحيحاً تترتب عليه الآثار المقصودة منه .

٤ – العته :

العته ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك ، ويجعل صاحبه مختلط الكلام ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعض كلامه كلام المجانين ، وحكم المعتوه عند الحنفية حكم الصغير المميز . فتخضع تصرفاته للتفصيل السابق في مرحلة التمييز [١] . وقد أبطل القانون المدني تصرفات المعتوه وجعله كالمجنون في تصرفاته واعتبرهما عديمي الأهلية : فنصت المادة – ١١٤ – في الفقرة الأولى « يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » – وفي الفقرة الثانية « أما إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر

---

(١) راجع صفحة ٤٣٢ من هذا الكتاب ـ وقد قرر الشيخ أحمد إبراهيم في رسالة الأهلية : أن المعتوه على درجتين مميز وغير مميز ، وأن هذا الثاني كالمجنون في الأحكام » الرسالة ص ٤٦ .

فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها [١] » .

٥ – السفه – ٦ – الغفلة

السفه هو التبذير والإسراف في إنفاق المال على غير ما يقضي به العقل ، فالسفيه عديم الإحسان في التصرفات ، وينفق المال فيما لا يعده العقلاء غرضاً صحيحاً ، سواء كان ذلك في وجوه الخير كبناء المستشفيات والمساجد والمدارس، أو وجوه الشر كتضييع المال في القمار وشرب الخمر [٢] .

وذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة بسبب بساطته ، وسلامة قلبه مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات المالية . وعلى هذا فلا فرق بينه وبين السفيه في الحكم . لكن يظهر الفرق بينهما في أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك ، أما السفيه فكامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة ، ولا شك أن الفرق واضح بين ضعف الإدراك ، وضعف الإراده .

وعلى اعتبار أن كلا من السفيه والمغفل سواء يكون حكمهما واحداً ـ في أن السفه والغفلة لا تؤثر على أهليتها ، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل ، والسفيه كامله ، وكذا المغفل .

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في الحجر على السفيه ، ومنعه من التصرفات .

فذهب أبو حنيفة ، وزفر ، ومحمد بن سيرين ، والظاهرية : إلى عدم الحجر على السفيه بسبب السفه . مستدلين بأن الحجر على السفيه إهدار لإنسانيته ، وإلحاق له بالعجماوات ، محافظة له على ثروته وأمواله ، وهذا ضرر أشد من

---

(١) راجع المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيره ص ٧٤٥ طبعة بيروت ١٩٦٧ .
(٢) قال الشافعي : إن الإسراف في إنفاق المال في وجوه الخير والبر لا يعتبر سفهاً .

تبذير ماله ، وتبديد ثروته وضياعها ، وعلى هذا لا يرتكب الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى .

وذهب جمهور الفقهاء ، ومعهم الصاحبان من الحنفية : إلى الحجر على السفيه بسبب السفه ، مستدلين بأن الحجر عليه لدفع الضرر عنه ، ولرعاية مصلحته ، وهما مطلوبان شرعاً ، لحفظ أمواله وصيانتها من الضياع والتبذير ، حتى لا يصبح عالة على غيره ، ولا يكون قدوة سيئة لغيره ، كما قالوا إن آية النهي الواردة في قوله تعالى : « فإن كانَ الذي عليه الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيعُ أن يُملَّ هو فليُملِلْ وليُّهُ بالعَدلِ» (البقرة ـ ٢٨٢) وغيرها من الآيات والأحاديث عامة في كل سفيه ـ والراجح ما ذهب إليه الجمهور [١] . وقد أخذ به قانون الولاية على المال ، ففي المادة ـ ٦٥ « يحكم بالحجر على السفيه وذي الغفلة ، ولا يرفع الحجر عنها إلا بحكم » كما نصت المادة ـ ١١٣ مدني على أن « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة في القانون » .

تصرفات السفيه وذي الغفلة

أما عقود التبرعات بأنواعها فالسفيه والمغفل ليسا أهلاً لها ، ولكن أجاز الفقهاء استحساناً أن يوصي كل منهما في وجوه الخير والبر، لأن في ذلك محافظة على ماله حال حياته ، فتكون الغاية من الحجر متحققة مع صحة تصرفه بالوصية ، كما أجاز الفقهاء أيضاً وقفه محافظة على مال السفيه حال حياته ، ومن بعد وفاته على ذريته ، ولم يشترط الفقهاء لصحة الوقف والوصية إذن المحكمة أو القيم ، في حين استلزم القانون إذن المحكمة ليكون تصرف السفيه أو

---

١ – راجع المبسوط حـ ٢٤ ، وبدائع الصنائع حـ ٧ ص ١٦٩ ، والمغنى حـ ٤ ص ٤٥٦ .

ذي الغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً [١] .

أما التصرفات غير التبرعات فإما أن تكون مما يحتمل الفسخ، أو مما لا يحتمله، فإن كانت من التصرفات التي تحتمل الفسخ « أي يمكن فسخها برضا المتعاقدين واتفاقهما بعد تمامه » وتبطل بالهزل كالبيع والإجارة فحكم تصرف السفيه فيها كحكم تصرف الصغير المميز . وقد قدمنا ذلك ـ وإن كانت التصرفات مما لا يحتمل الفسخ ، ولا يبطلها الهزل كالزواج والطلاق فهي صحيحة نافذة ما دامت مستكملة لأركانها وشروطها الشرعية ، سواء أجازها القيم عليه أو لم أو لم يجزها ـ لكن يلاحظ أن المهر المسمى في عقد الزواج إذا كان أكثر من مهر المثل ، فلا يجب عليه إلا مهر المثل ، وأما الزيادة فلا يلزم بها ، ولو أذنه القيم عليه بذلك .

أما إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه فقد قال الصاحبان : يحجر عليه، لكن يبدأ الحجر على السفيه على رأي محمد بن الحسن بمجرد ظهور أمارات السفه عليه بدون حاجة إلى حكم القاضي بالحجر عليه ، وينتهي عليه الحجر ، ويرتفع عنه بمجرد ظهور دلائل الرشد عليه من غير حاجة إلى حكم أيضاً ، لأن سبب الحجر

---

١ – وقف الاستاذ عمر عبد الله في كتابه الأحكام الشرعية موقفاً معارضاً من الشرط الذي استلزمه القانون لصحة تصرف السفيه أو ذي الغفلة بالوصية وهو إذن المحكمة فقال إنه مع كون هذا الشرط مخالف لرأي الفقهاء فإن تقييد صحة وصية السفيه أو ذي الغفلة بذلك لا يتفق وطبيعة الوصية من ناحيتين : الأولى : أن الوصية في كثير من الحالات تكون ليتدارك ما فات الموصى القيام به من واجبات دينية وتكاليف شرعية مثل اداء الزكاة التي وجبت عليه في ماله ، وأنه ما دام السفيه وذى الغفلة مكلفين بجميع التكاليف الشرعية كالرشيد فليس من المستساغ شرعاً ولا عقلا ألا يمكنا من القيام بأداء الواجبات الدينية وتدارك ما فاتهما من ذلك إلا بإذن المحكمة -- الثانية أن الوصية في حالات أخرى تكون في آخر عهد الموصي بالدنيا وأول عهده بالآخرة أي في وقت لا يتسع للاستئذان بالوصية من المحكمة المختصة ـ وهذا رأي حسن وجيد وحبذاً لو حذف القانون هذا الشرط لهذه الاعتبارات . راجع الأحكام الشرعية ص ٢٠٧ .

على السفيه هو السفه ، فمتى تحقق السبب وجد المسبب وترتب عليه، ومتى ارتفع السبب زال المسبب ، ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضي ، لأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدما ، ونظير ذلك في الحكم الصغير والمجنون

وذهب أبو يوسف إلى أن الحجر على السفيه، ورفع الحجر عنه لا يكونان إلا بحكم القاضي ، واستدل لمذهبه بأن السفه الذي سبب الحجر على السفيه ليس أمراً محسوساً ، وإنما يعرف ذلك بأمارات ووقائع ، وهذه تختلف فيها أنظار الناس وتقديرهم لها ، فالذي يقرر هذه الوقائع والأمارات ، ويحكم بأنها أمارات سفه أو رشد هو القاضي، فلذا يكون توقيع الحجر على السفيه ورفعه عنه بحكم القاضي.

وقد سار القانون على رأي أبي يوسف في إثبات الحجر ورفعه ، كما نصت على ذلك المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ — كما نصت المادة ١١٣ مدني على أن المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون [1]

٧ - الدَّين :

إذا امتنع المدين عن سداد دينه ، وكان بالغاً عاقلاً فهو كامل الأهلية ، لأن الدين لا تأثير له في إدراكه وأهليته ، سواء كانت ديونه مستغرقة لجميع أمواله ، او لم تكن مستغرقة لها ، إلا أن الدَّين يوجب الحد من تصرفات المدين في ماله ، فإذا طلب الدائنون الحجر عليه بسبب الدين قال جمهور الفقهاء والصاحبان من الحنفية يحجر عليه محافظة على حقوق دائنيه ، إذ لو ترك حر التصرف في أمواله ، ولم يحجر عليه لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين ، وأخذ أموالهم بالباطل ، فقد يبيع ماله صورياً أو يقر على نفسه بمالٍ لغير الدائنين ، وكذا أجازوا بيع ماله جبراً عنه ، وقسمته بين الغرماء على أن يترك له نفقته الحاضرة هو ومن تلزمه نفقتهم ما دام ليس له مال غير الحجر عليه ، ولأن معاذا رضي الله عنه لما ركبته

---

١ - المقصود بذلك قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة ١٩٤٧ ، ومن بعده القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ .

الديون ، باع النبي عليه السلام ماله وقسم ثمنـــه بين الغرماء بالحصص[1] ، ولأن الأصل أن من امتنع عن حق مستحق عليه وكان مما تجري فيه النيابة ناب القاضي منـــابه .

ومذهب الإمام أبي حنيفة أنه لا يحجر على المدين لسبب الدين[2] ، لأن في الحجر عليه إهداراً لآدميته ، وتقييداً لحريته محافظة على حقوق دائنية ، وهذا ضرر أشد من الضرر الذي قد يلحق الدائنين في تأخير استيفاء ديونهم ، وقال إنه يمكن المحافظة على حقوق الغرماء في استيفاء ديونهم بحبس المدين القادر على الدفع ، حتى يؤدي ما عليه من ديون .

فإذا طلب الدائنون من القاضي الحجر على مدينهم ، فلا يجيبهم إلى ذلك ، إنما يأمره القاضي بقضاء ديونه ، فإن امتثل انتهى الأمر ، وإن لم يمتثل مع قدرته على أداء ما عليه من ديون كان ظالماً مما طلا ، فيحبسه القاضى ، حتى يؤدي الديون التي عليه ، وليس للقاضي في هذه الحالة أن يبيع مال المدين جبراً عنه ، وبدون رضاه لسداد دينه ، لأن في ذلك نوع حجر عليه ، وهو لا يقره أبو حنيفة — أما إذا كان المدين معسراً فلا يحبسه القاضي ، لكونه معذوراً ، ولأنه غير ظالم إنما ينظوه إلى الميسرة ، لقوله تعالى : « وإنْ كانَ ذُو عَسْرة فنظرةٌ إلى مَيْسَرةٍ » (البقرة ٢٨٠)

وقد شرطَ الصاحبان الحجر على المدين شرطين هما :

ا — أن يطلب الدائن أو الدائنون من القاضي الحجر عليه .

ب — أن يكون الدين مستغرقاً لجميع مال المدين .

---

١ — راجع ابن عابدين حـ ٥ ص ٢٠٨ ، وكشف الأسرار حـ ٤ ص ١٤٩٤ - التوضيح والتلويح حـ ٣ ص ٢٢٠ .

٢ — في كشف الأسرار حـ ٤ ص ١٤٩٤ أن أبا حنيفة أجاز للامام إن كانت الديون والتركة من جنس واحد في المعنى بأن كانت مبادلة أحد النقدين بالاخر أن يبيع جبراً عن المدين استحساناً.

واتفق الصاحبان على أن الحجر على المدين لا يكون إلا بحكم من القاضي . فجميع تصرفاته قبل الحكم بالحجر عليه كتصرفات غير المدين. كما اتفق الصاحبان على أن المدين المحجور عليه ، إذا أدى الدين الذي حجر عليه من أجله ، أو أبرأه الدائن ارتفع الحجر عنه بدون حاجة إلى حكم برفع الحجر عليه .

أما تصرفاته — بعد الحجر عليه — الضارة بحقوق الدائنين كالتبرع بأنواعه ، وكالبيع بأقل من القيمة ، والشراء بأكثر من القيمة بمالا يتغابن الناس فيه. فكلها تكون موقوفة على إجازة الدائنين إن أجازوها كانت صحيحة نافذة لازمة من وقت إنشائها ، وإن لم يجيزوها بطل التصرف ، واعتبر غير منعقد أصلاً من أول مرة .

وإذا طلب الدائنون أن يباع مال المدين ، لكونه لم يمتثل أمر القاضي بأداء ديونه ، فإنه يباع جبراً عنه بعد الحجر عليه وفاء لما عليه من ديون ، ويراعي في بيع أمواله مصلحته ، فيبدأ ببيع ما يتسارع إليه التلف والفساد من أمواله المنقولة ، ثم يباع باقي أمواله المنقولة، فإن لم يف المنقول لسداد الدين بيع العقار ، لكن لا يباع كل أمول المدين وفاء لما عليه من ديون ، ولو كانت الديون مستغرقة لجميع أمواله، بل يترك له ما يكفي لحاجته الأصلية بالمعروف، من طعام وكسوة ومسكن له ، ولمن تجب عليه شرعاً نفقتهم .

على أن هذا الحجر إنما يسري على أمواله المملوكة له عند الحجر، فهي التي تعلق بها حق الغرماء ، أما أموال المدين التي اكتسبها بعد توقيع الحجر عليه فله الحرية في التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الجائزة شرعاً [١]

٨ — مرض الموت

المرض حالة تعتري البدن يزول بها اعتدال الطبيعة — والمريض مرض الموت

---

١ — راجع ابن عابدين حـ ٥ ص ٢٠٥ ، كشف الأسرار حـ ٤ ص ١٤٩٤ ، التوضيح والتلويح حـ٣ ص ٢٢٠ — الأحكام الشرعية للأستاذ عمر عبد الله ص ٢٠٩

هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه عادة، وأن يتصل الموت بهـذا المرض ، سواء أكان الموت بسبب المرض أم بسبب آخر غيره كالقتل والحرق والغرق، وعلى هذا يشمل مرض الموت المصاب بآفة لا برء منها، ويتوقع معها الموت ، سواء مات فعلاً بسببها أو بسبب آخر ، فمـن بقي مرضه الأول ، لكنه مات بحادث فإنه يعتبر مريضاً مرض موت ، وأيضاً المحكوم عليه بالإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه ، ومن هو في سفينة لعبت بها الأمواج وجنحت للغرق ، وكذا الأسير عند من يعرف عنهم قتـل الأسرى ، كل هؤلاء يأخذون حكم المريض مرض الموت .

أما المريض مرضاً مزمناً لا يرجى معه الشفاء، ومرضه يتزايد دون استقرار فإن اتصل به الموت وهو بهذه الحـــالة فهو مرض موت ، وإن كان موته بسبب آخر غير المرض – أما إذا استقر مرضه على حال، واستمر أكثر من سنة ، فإنه تصح جميع تصرفاته ، لكن إن بدأ المرض في الازدياد بعد الاستقرار بـــدأت حالات مرض الموت وهكذا .

فإن كان المرض لا يوصل إلى الموت غالباً ، كالأمراض العـــادية ، كالمغص البسيط والرمد أو كان المرض يغلب على الظن معه الهلاك لكنه استمر مدة ، ثم أعقبه الشفاء كاملاً، أو استمر الشفاء أكثر من سنة ، فلا يعتبر الشخص مريضاً مرض الموت .

وإذا نزل الطاعون ببلدة فقد قال ابن عابدين : إذا دخل الطاعون محلة أو داراً ، فغلب على أهلها خوف الهلاك ، كان ذلك كما في التحام القتال ، أي أنهم يعتبرون مرضى مرض موت ، أما الذي طعن فعلاً فلا خوف فيه ، ونقل عن الشافعي أنهم في حكم المرضى .[1]

---

١ – حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٢ ص٧٢١

تصرفات المريض مرض الموت ، وعقوده :

لم يختلف الفقهاء في أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب كاملة ، لأن المرض لا يخل بالذمة أو الحياة التي هي مناط الأهلية ، فتجب عليه الحقوق لغيره ، كما تجب على الصحيح ، وكذا له أهلية أداء كاملة متى كان بالغاً رشيداً خالياً من العته ونحوه ، ولهذا كانت عبارة المريض صالحة لإنشاء العقود والتصرفات من بيع وإجارة وهبة وزواج ، وكان مقتضى ذلك ألا يتعلق بماله حق لغيره ، وألا يحجر عليه في شيء من تصرفاته ، إلا أن المرض لما كان سبباً عادياً في الموت . وكان الموت سبباً في أن يخلف الميت في ماله الدائنون والورثة جعل الشارع المرض سبباً في تعلق حقوق الدائنين بمال المريض في أثناء المرض قبل حصول الوفاة بالفعل ، وحجر عليه في بعض التصرفات محافظة على حقوق غيره من الورثة والدائنين .

فتصرفات المريض مرض الموت حال حياته صحيحة نافذة إذا كانت تقبل الفسخ كالبيع لأنه بكامل أهليته ، وإذا كانت لا تقبل الفسخ فتكون موقوفة معلقة على الموت كالطلاق والعتاق . فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه ، إذا تعارض مع حق الغرماء او الورثة ولم يجيزوه .

هذا ويمكن حصر تصرفات المريض مرض الموت على الوجه الآتي :
التصرفات لأجل قضاء حاجات المريض نفسه من طعام وكسوة وسكنى وزواج أو ثمن دواء ونفقة من تلزمه نفقة وغير ذلك ، فهذا نافذ من حين التصرف ، لا اعتراض لأحد عليه بعد الوفاة . مهما بلغت قيمته بالنسبة للتركة ، إلا إذا كان في هذا التصرف محاباة أو غبن يتغابن فيه الناس [1] ، فان كانت ثمت محاباة فتعتبر تبرعاً في مرض الموت فتأخذ حكم الوصية ، ويستوي في هذا الشراء من الوارث أو من الأجنبي — وكذا يعتبر تبرعاً يأخذ حكم الوصية ، إذا تزوج بمهر أكثر من

١ — كما إذا باع شيئاً بأقل من قيمته ، أو اشترى شيئاً بأقل من القيمة .

مهر المثل ، أما إذا طلق المريض مرض الموت امرأته فيقع الطلاق وإن كان بائناً ، ولكنه إن مات وهي لا تزال في عدة هذا الطـلاق ورثته ، لأنه بطلاقها يعتبر فاراً من ميراثها ، وهذا عند الحنفية .

٢ – تصرف المريض مرض الموت في **المنافع** وهو نافذ لازم عند الحنفية لا يملك أحد الرجوع على هذه التصرفات بالإبطال، سواء كانت تصرفات بعوض كالإجارة والمزارعة أو بغير عوض كالعارية ، وهذا لأن المنافع عند الحنفية ليست أموالاً فلا يتعلق بها حق الدائنين والورثة ، ولأن التصرف في المنافع ينتهي بوفاة أحد المتعاقدين ، وإذا انتهى التصرف الذي فيه المحاباة بوفـــاة المريض، لم يبق محل لاعتراض أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة ، وأما غير الحنفية فيخضعون التصرف في المنافع لأحكام التصرف في الأعيان ، لكونهم يعتبرون المنافع أموالاً، ويرون أن ملكيتها تنتقل بالإرث .

٣ – بقي أخيراً أن نوضح حكم تصرف المريض مرض الموت **في الأعيان** . فإذا كان التصرف في الأعيان بغير عوض كالهبة أو الوقف أو التصدق ، أو بعوض فيه محاباة ، أو غبن ، فهذا التصرف يكون موقوفاً نفاذه بعد وفاة المريض، على إجازة أصحاب الحق أو رفع ذلك الغبن – وإن كان التصرف لا غبن فيه : فإن كان مع أجنبي فإنه يكون نافذاً ولا يتوقف على إجازة أحد ، كما لا يبطله إبطال أحد منهم ، لأنه لم يمس حقاً من حقوقهم ولا تهمة فيه ، – وإن كان التصرف الذي لا غبن فيه لوارث فسواء كان بمثل القيمة أو أكثر منها يكون نافذاً أيضاً في حق الغرماء والورثة ، ولا يملك أحد إبطاله عند الصاحبين ، لأن حق الجميع عندهما متعلق بمالية التركة دون أعيانها وصورها – وعند أبي حنيفة يكون نافذاً في حق الغرماء فقط ، وأما في حق الورثة فغيرنا فذ ، بل هو موقوف على إجازتهم ، لأن حق الورثة عنده متعلق بمالية التركة وأعيانها معاً [1] ، فبيعه

---

١ - راجع كشف الأسرار حـ٤ ص ١٤٢٢ - وفيه حق الورثة متعلق بالمال صورة ومعنى في حق أنفسهم ، ومتعلق به معنى في حق غيرهم من الأجانب والغرباء ، فلو باع عينـــاً لأحد الورثة بمثل القيمة لا ينفذ إلا بإجازة الباقين ، ولو باعهـا لأجنبي نفذت من غـير توقف، وحق=

لأحد الورثة فيه إيثار له بهذه العين دون الآخرين ، فتكون كالوصية بهذه العين للوارث ، لأن المحاباة كما تكون بالتبرع بالمال نفسه تكون بعين مختارة بعينها ولو بقيمتها ، والوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة

٤ـ إذا كان التصرف لا يمس رأس المال وإنما يتعلق بالربح كعقد الشركة والمضاربة[1] فإنها يصحان، ولو كان فيها غبن بالنسبة للربح ، وذلك لما هو معلوم من أن حق الورثة والدائنين إنما يتعلق بمالية الشركة وأعيانها ، أما الربح فلا حق لأحد فيها فهو كالمنافع ، ولأن الشركة لا ضرر فيها على أحد ، لأنها تبطل بموت المريض لتضمنها للوكالة ، فكل واحد من الشريكين وكيل عن صاحبه، وبموت أحدهما ينعزل من بقي حياً عن وكالة من مات . فتبطل الشركة المتضمنة للوكالة ، والمضاربة نوع من الشركة .

الحقوق المتعلقة بمال المريض مرض الموت

يتعلق بمال المريض مرض الموت حقوق ثلاثة مرتبة فيما بينها على الوجه الآتي:
أولاً : حق المريض نفسه في قضاء مصالحه وأموره التي لا غنى له عنها ، من طعام وكسوة وسكنى وزواج ، ونفقة من تلزمه نفقته ، أو أجرة طبيب أو أو ثمن دواء ، وغير ذلك من الحاجات التي لا يستغني عنها ، وقد قدمنا أنها نافذة إذا خلت عن المحاباة لأحد .

ثانياً : حقوق الدائنين، فإنها مقدمة على حقوق الورثة ، والموصي لهم، وهذه الحقوق تتعلق بجميع المال إن كان الدين مستغرقاً ، وتتوقف كل تصرفاته التي

---

١ ـ هي عقد شركة في الربح بمال من رجل ، وعمل من آخر ـ وصورتها أن يقول رب المال دفعت إليك هذا المال مضاربة أو معاملة على أن يكون لك من الربح جزء معين كالنصف والثلث ويقول المضارب قبلت . فالمضارب هو الرجل الآخر الذي جعل العمل له ـ وفي شرح المنهاج للشافعية . المضاربة لغة أهل العراق ـ وأهل الحجاز يسمونها بالقراض «انظر كشاف اصطلاحات العلوم للتهانوي فصل الباء الموحدة باب الضاد المعجمة حـ ٤ ص ٨٧٣ » .

فيها غبن يمس حقهم على إجازتهم أو إبرائهم ، أو رفع ذلك الغبن ، فإن لم يجيزوا أو يبرئوا ، أبطلت هذه التصرفات – وإن كان الدين غير مستغرق لكل المال استوفى مقدار الدين أولاً ، وما بقي بعد ذلك يكون حق الورثة متعلقاً به ، فإن سلم لهما الثلثان بأن كانت المحاباة تخرج من ثلث باقي التركة بعد أداء الديون نفذت التصرفات ، وإلا توقفت على إجازة الورثة ، أو رفع ذلك الغبن[1] .

ثالثاً : حق الورثة ، وهذا الحق لا يتعلق بالمال كله ، وإنما يتعلق بثلثي ماله الخالص من الديون – أما الثلث الباقي فقد جعله الشارع حقاً للمريض يصرفه في الخير والبر ، ليتدارك ما فاته في حياته من التقصير ، فإذا لم ينفقه كله ، أو لم ينفق شيئاً كان للورثة .

وهناك حق آخر متعلق بالتركة أيضاً هو الوصية ، وهي مقدمة على الميراث ، وتنفذ في الثلث من غير توقف على إجازة ، والمحاباة في تصرفاته في مرض الموت تعتبر وصية في المعنى ، فتضم إلى وصاياه الأخرى لتخرج من الثلث ، فإن ضاق عنها توقفت على إجازة الورثة .

أما القانون المدني فقد عرض لتصرفات المريض مرض الموت ، وأخذ بما يقرب من مأخذ فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار التبرعات التي تصدر في مرض الموت في حكم الوصية ، وتسري عليها أحكامها ، أي أن تبرع المريض حال مرضه يعتبر وصية ، وبناء على ذلك فإن هذا التبرع لا ينفذ في حق الدائنين إلا بعد استيفائهم ديونهم ، ثم إنه لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث المتبقي من التركة بعد إخراج الديون ، وقد نصت المادة ٩١٦ مدني في فقرتها الأولى على ذلك فقررت أن « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ،

---

١ ـ فلو فرضنا أن المدين بدين مستغرق لماله باع ـ وهو مريض ـ عينا قيمتها خمسمائة بأربعمائة فإن مقدار الغبن يكون مائة ، ويتوقف على إجازة الدائنين ، أو إبرائهم من الدين مقدار ثلاثمائة ليخرج الغبن من ثلثه ، فلو كان الإبراء من مائة فقط توقف على إجازة الورثة في ثلثي المائة . راجع المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للاستاذ محمد شلبي ص ٤٦٧

ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية ، أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف »

وينطبق على البيع حكم المادة السابقة لعموم نصها . — وقد أخذ القانون برأي الصاحبين فيما إذا باع المريض لوارثه عيناً من أعيانه [1]

وقد نصت المادة ٤٧٧ على ما يأتي :

١ — إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة، إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ — أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو رد المشتري للتركة ما يفي بالثلثين [2] »

---

١ ـ رأجع عقد البيع للدكتور عبد المنعم البدراوي ص٥ ٦١ طبعة ص ١٩٦١ بالقاهرة .

٢ ـ راجع في ذلك محاضرات في مصادر الحقوق العينية الأصلية للدكتور حسن كيره ص ٢٣

المبحث الثاني

الولايـــة

الشخص الذي ليست له أهلية أداء ، كما قدمنا يطلق عليه قاصراً[1] — وكل قاصر يكون في حاجة شديدة إلى من يرعى أمره ، ويحفظ له ماله ، ويسمى الممثل الشرعي له ، وتصرفات الولي التي يباشرها الولي لحساب القاصر ، تكون نافذة على القاصر جبراً ، ما دامت مستوفية لشرائطها ، لا يجـوز للقاصر بعد بلوغه الرشد أن ينقضها . اللهم إلا في بعض حالات استثناها الفقهاء . كحال فسخ عقد الزواج من الصغير والمجنون عند بلوغه أو إفاقته ، إذا كان المزوج غير الأب والجد .

تعريف الولاية

الولاية[2] في اللغة معناها : النصرة ، وقيام الشخص بأمر غـيره ، يقال : ولى فلان فلاناً وولى عليه ، إذا نصره ، وقام بأمره ، فهو وليه ، أي ناصره ، وقائم بأمره .

أما الولاية في إصلاح الفقهاء : فقد عرفها الحنفية : بأنها : « تنفيذ القــول

---

١ — القاصر كما عرفتـــه المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ ، الذي الغى قانون ١٩٢٥ بأنه : « هو لم يبلغ سن الرشد القانوني وهي احدى وعشرين سنة كاملة » ، وقد كان سن الرشد قبل صدور قانون المجالس الحسبيه في ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ ثمانية عشر عاماً .

٢ — الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر ولي ، فيقال ولى الشيء إذا ملك أمره ، ومن معاني الولي النصير ، ومنه قوله تعالى : « وما لـكم من دون الله من ولى ولا نصير ».

على الغير شاء أو أبى»، ولكن في هذا التعريف قصور من نواحي متعددة منها : أن الولاية صفة تقوم بالأشخاص، وليست تنفيذاً، لأنالتنفيذ أثر للولاية لا حقيقة لها — ومنها : أنه تعريف غـــير جامع لأنواع الولاية ، لأن للشخص ولاية على نفسه وماله ، وهي غير داخلة في التعريف ، ومنها : أن التعريف يفيد أن المولى عليه يكون له مشيئة وإباء ، مع أن في بعض حالات الولاية يكون المولى عليه خالياً منهما ، كما في الصغير غير المميز ، والمجنون

لهذا كان الأولى أن تعرّف الولاية بتعريف خال من المآخذ السابقة **فيقال :** « الولاية سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقـود والتصرفات وتنفيذها » ، بحيث تترتب آثارها الشرعية عليها بمجرد صدورها[١] .

اقسام الولاية :

تنقسم الولاية إلى **ولاية ذاتية** ، وتسمى ولاية قاصرة : وهـي ولاية الإنسان عـلى نفسه وماله ، وتكون للشخص الذي يتمتع بأهلية كاملة ، (الحرية ، والبلوغ ، والعقل) ، فكلما كان الشخص أهلاً للتعاقد كانت له ولاية من الشارع على جميع شئونه المالية ، وغـير المالية ، وتكون جميع تصرفاته نافذة ، ملزمة له ، ما لم يترتب عـلى نفاذها ضرر بالغير كتصرفات المدين ، والمريض مرض الموت .

والنوع الثاني من الولاية ، هو الولاية غير الذاتية ، ويسمى **الولاية المتعدية** ، وهي ولاية الشخص على غيره ،

وهذه الولاية إن كان استمدادها من الشارع ابتداء . من غير إنابة أحـد ، فهي **ولاية أصلية** كما في ولاية الأب والجد الصحيح « أبي الأب » ، عـلى الصغير ومن في حكمه ، فإنهـا ولاية ثبتت لكل منهما شرعاً عـلى أولادهم بمجرد

---

١ - راجع كشف الأسرار حـ١ ص ٣٢ طبع الاستانة

ولايتهم ، ولا يملك أحدهما التنازل عنها [1] ، وتستمر هـذه الولاية حتى يزول سببها ، وهو الصغر ، وضعف العقل .

وقانون المحاكم الحسبية مع الفقه في أن ولاية الأب والجد الزامية ، فقد جاء في المادة —٧— على أن للأب ثم للجد الصحيح الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة »

وإن كانت الولاية مستمدة من الغير . بإنابة شخص أو شخصين فهي **ولاية نيابية** ، كما في ولاية الوصي الذي أقامه الأب أو الجد ، والوكيل ، وكولاية القاضي والحاكم ، فإن الوصي استمد ولايته ممـن أنابه ، ولولا هـذه الإنابة ما ثبتت له الولاية ، وكذا ولاية الوكيل استمد ولايته من الموكل ، وأيضـاً الإمام والقاضي كل منهما نائب عن المسلمين ، فولايتهما مستمدة منهم

وتنقسم الولاية على الغير « المتعدية » إلى نوعين [2] :

ا - **ولاية على النفس** ، وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه ، من تأديب وتطبيب وتزويـج وتعليم ، ومنها ولاية الحضانة ، وتجعـل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه ، كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية في تزويجها عند عدم الأب أو الجد . وكولاية الأب والجد على الصغير ومن في حكمه في ماله ونفسه ، من رعاية ماله ، وتربيته وتأديبه

ب : **ولاية على المال** وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال ، وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ، ومنافعها وتنفيذها ، مثـــل ولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير .

---

١ - الأشباه والنظائر ص١٩٢ الفن الثاني

٢ - يقسمها بعضهم الى ثلاثة أنواع : ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وولاية على النفس والمال معاً ، ويمثل للأخيرة بولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصيها .

و ا كانت الولاية على النفس ليست موضوع بحثنا في هذا الكتاب ، لأنها من أحكام الزواج سنطوي الكلام عنها ههنا ، أمـا الولاية على المال ، فنمس منها الجوانب التي لها صلة بنظرية العقد فنقول :

العاقد لغيره اما أن يكون ولياً أو وصياً :

والولي : هو الذي أقامه الشرع للنظر في شئون الصغار ، والوصي هو الذي أقامه أحد الأولياء للنظر في شئون الصغار

وتثبت الولاية على الاشخاص منذ ولادتهم ، وعلى أموالهم من وقت تملكهم له ، أما الجنين قبل الولادة ، فلا تثبت عليه ولاية ، إنمـا تثبت له الحقوق التي قدمناها في أهلية الوجوب [1]

وقد قدمنا أنه لا ولاية عـلى الجنين فقهـا ــ لكن المادة ٢٨ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - نصت عـلى أنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن » كما نصت المادة ٢٩ من القانون السابق عـلى أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختـار تعين المحكمة وصياً ، ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ، ما لم تعين المحكمة غيره » ، كما نصت المادتان ١٤ ، ١٥ عـلى ذلك من القانون رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ - فالمادة ــ ١٤ ــ نصت عــلى أنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر ، أو للحمل المستكن بشرط أن يثبت الإيصاء بورقة رسمية أو عرفية مصدق عـلى إمضائه فيها بخطه وموقعة بامضائه ، ويجوز للأب أن يرجـع عن إيصائه » ونصت المادة ١٥ ــ على ما نصت المادة ٢٩من قانون ١٩٥٢

---

١ - راجع صفحة ٤٢٧ من هذا الكتاب - ويذهب الشيخ محمد زيد الأبياني إلى أن الحمل لا يلي ولا يولى عليه ، وجاء في ابن عابدين أنه لو أقام الأب وصياً عـلى الحمل فإن ولايته لا تثبت إلا بعد ولادته أما قبل ذلك فإن أموال الجنين تجعل في يد الأمين الذي تقتصر مهمته على مجرد المحافظة على مال الجنين ، راجع تبيين الحقائق للزيلعي حـ٦ ص١٨٥

وكما تثبت الولايـــة على الصغير ، تثبت على المجنون ، والمعتوه ، والسفيه ، وذي الغفلة جاء ذلك في المادة — ٦٥ — من قانون الولاية على المـال ونصها : « يحكم بالحجر على البائع للجنون أو العته ، أو للسفه أو الغفلة ، ولا يرفـع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيّماً ، لإدارة أمواله وفقـاً للأحكام المقررة في هذا القانون » .

سبب ثبوت الولاية

قد يكون سبب ثبوت الولاية أحد الأمور الآ تية :

١ — الأبوة : القريبة والبعيدة كالجد أبي الأب ، ٢ — الوصاية الصادرة من الأب أو الجد . ٣ — القضاء ، فالوصي المعين من قبل القاضي إنما يستفيد الولاية منه ، فكان القضاء نفسه سبباً فيها .

مراتب الأولياء على الصغير

أما الولاية على **النفس** فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات ، وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالإخوة ، يقدم الأخ الشقيق ، فإذا لم يوجد عاصب مطلقاً انتقلت الولاية على النفس إلى الأم وغيرها من الأقارب [1] .

وأما الولاية **على المال** : فقد اتفق الفقهاء على تقديم الأب ، لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده ، وتبدأ ولاية الأب كما قدمنا من وقت ولادة الجنين ، ومن وقت وجود حق له ، فإذا لم يوجد الأب ، أو كان موجوداً ولم تتحقق فيه شروط الولاية الآ تية ، فالحنفية يجعلون الولاية بعد الأب لوصيه

---

١ ـ راجع تفصيل ذلك في كتابنا : الفقه المقارن لـلاحوال الشخصيـة الجزء الأول الزواج والطلاق ص ١٤٥ـ١٤٨ طبـع بيروت سنة ١٩٦٧ .

الذي يختاره ، ويعينه وصياً على أولاده بعد مماته ، لأنه موضع ثقته وتقديره ، وهو أعرف الناس بما فيه مصلحة أولاده ، ومن بعد وصي الأب إذا لم يوجد ، تكون الولاية للجد الصحيح ، فإن شفقته من شفقة الأب ، ومن بعد الجد تكون الولاية لوصي الجد الذي يختاره هو . ثم بعد ذلك للقاضي ، لأنه ولى من لاولى له ، ثم من بعده: وصى القاضي الذي يعينه من قبله ، لكثرة مشاغله في مصالح العامة لكن الشافعي يذهب في ترتيب الأولياء : إلى أن الجد مقدم على وصي الأب إن كان قد أوصى ، لأنه أشفق عليه باعتبار أنه حفيده — ومالك وأحمد لا يجعلان للجد ولاية مطلقاً ، بل الولاية عندهم بعد الأب ، لوصيه ثم للقاضي أو وصي القاضي .

هذا وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن « للأب ثم للجد الصحيح ، إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » ومعنى هذا أن الولاية للأب ، فإن لم يوجد أو كان غير أهل للولاية تكون لوصي الأب ، ثم للجد الصحيح ، ثم تكون الولاية للقاضي.

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فتكون لأولئك الأشخاص المذكورين في الولاية على الصغير ، هذا إذا بلغ الصغير مجنوناً أو معتوهاً — أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد البلوغ ، ففي المذهب الحنفي رأيان أحدهما : أن الولاية تعود لمن كانت له قبل بلوغه ، وثانيهما : أن الولاية تكون للقاضي ، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد ، لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيداً والساقط لايعود .

وقد أخذت المحاكم الحسبية في مصر بالقول الثاني ، بل لقد أجاز القانون للمحكمة أن تتدخل بالنسبة لولاية الأب والجد ، فتحد من تصرفاته إن رأت

فيها ما يفوت مصلحة على الصغير ، أو تسلب عنه الولاية [1] .

شروط الولي

١ ــ أن يكون عاقلاً ، فلا ولاية للمجنون ولا للصبي غير المميز على غيرهما ، لأن كلا منهما لا ولاية له على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره من باب أولى .

٢ ــ إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ، فلا ولاية لمسلم على غير مسلم ، ولا لغير المسلم على المسلم .

٣ ــ القدرة على التصرفات التي تدخل في ولايته ، مع كونه أميناً ، لأن المقصود من الولاية لا يتحقق مع العجز وعدم الأمانة [2].

وقد نص قانون الولاية على المال في المادة ٢٧ ــ « يجب أن يكون الوصي عدلاً ، كفؤاً ذا أهلية كاملة ــ ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً : (وذكرت المادة سبعة أصناف [3]) وفي آخرها قالت : ويجب على كل حال أن يكون

---

١ ـ فالقانون قد جعل للمحكمة الاشراف الكلي على القصر ،ومن في حكمهم ، وأصبح وصي الأب ووصي الجد ليسا إلا مرشحين منها ، وللمحكمة أن تعينه ، ولها أن تعين غيره تبعاً لما فيه المصلحة .

٢ ـ يقول صاحب الاختيار « فإن كان الوصي عاجزاً ضم إليه القاضي آخر ، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل ـ واختلف الفقهاء في اشتراط استقامة الولي ، فلم يشترطها الاحناف وبعض الشافعية في الولاية على النفس ، ويرى بعض الشيعة اشتراطها في الحاكم الوصي دون الأب والجد ، أما الحنابلة فيشترطون الاستقامة ، والرشد أيضاً (أنظر الاختيار شرح الدر المختار حـ ٢ ص ١٩٨) .

٣ ـ هذه السبعة هي ا ـ المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات ، جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط ،

الوصي مـن طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهـل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه .

عقود الأولياء والأوصياء

الأب : إذا كان ولياً له أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير ،منقولاً كان أو عقاراً ، وكذلك له أن يبيع ذلك أو شيئاً منه لنفسه ، أو لغيره ممن تحت ولايته ، أو لأجنبي ، ويؤجر نفسه للصغير ، كما يؤجر الصغير نفسه ،وأن يستثمر ماله ، فيده مطلقة في كل عمل يرى فيه نفعا للصغير ، ومع هذا فتصرفه في مال الصغير لا ينفذ إذا كان مضراً بالصغير كما إذا باع إلى مفلس ، أو اشترى بغبن فاحش . كما لا يجوز له أن يتبرع بشيء من مال المولى عليه ولا أن يقرضه للغير .

أما وصي الأب : فيتصرف في ولايته المستمدة من الأب . بما يملك الأب أن يتصرف فيه . ويسمى هذا بالوصي المختار ، فله بيع التركة كلها سداداً للدين إن

---

٢ ـ من حكم عليه لجريمه كانت تقتضي قانوناً سلب ولايتـه على نفس القاصر لو أنـه كان في ولايته .

٣ ـ من كان مشهوراً بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ ـ من سبق أن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر .

٦ ـ من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين ، متى بنى هـذا الحرمـان على أسباب قويـة ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقـة رسمية أو عرفيـة مصدق على امضاء الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٧ ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبـين القاصر نزاع قضائي أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

انظر قانون الولاية على المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ مادة (٢٧) .

كان الدين مستغرقاً ، وله أن يحافظ على مصلحة القصر ، كما يحافظ على نصيب الغائب منهم ، لكنه يفترق عن الأب في أنه ليس له أن يبيع العقار إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية ، كما إذا كان القاصر في حاجة إلى الانفاق عليه ، ولا سبيل إلى ذلك إلا ببيع العقار .. ومنها أنه لا يبيع من ماله للقاصر ، ولا يشتري منه ، ولا لأحد ممن تحت ولايته ، دفعاً للتهمة عن الوصي .

وأما الجد : فيتصرف في مقدار نصيب من في ولايته بكل أنواع التصرفات التي يملكها الأب على نفسه ، لأن ولايته أصلية ، مستمدة من الشارع رأساً ، ومع هذا فليس له ولاية على التركة نفسها ، وليس له أن يبيعها جميعها سداداً للدين – حتى وإن كان كما يقول بعض الفقهاء له ولاية على التركة أيضاً ، لكن باعتباره خليفة عن المتوفي ، إذ هو أحد الورثة لا باعتباره وليا .

أما وصي الجد : فيأخذ حكم وصي الأب تماماً في تركة الجد نفسه ، وفي الولاية على الصغار وقد حدد قانون الولاية على المال حكم تصرفات كل واحد مما سبق في المواد ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٧ [1] .

---

١ ـ مادة ـ ٤ ـ يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون .

مادة ـ ٥ ـ لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة .

مادة ـ ٦ ـ لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر نفسه ، أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لديه على نفسه .

مادة ـ ٧ ـ لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذ زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه الا بإذن المحكمة – ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

مادة ـ ٨ ـ إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث ، فلا يجوز=



الفصل الثالث

الوكالـــة

تعريفها : الوكالة في لغة العرب تطلق على معان : منها المراعاة والحفظ ، كما في قوله تعالى : « حَسْبُنا اللهُ ونعْمَ الوَكيلُ » (آل عمران ، ١٧٣) ــ

= للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها .

مادة ـ ٩ ـ لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة .

مادة ١٠ ـ لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة ،

مادة ـ ١١ ـ لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آ لت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الإذن .

مادة ـ ١٢ ـ لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات الا بإذن المحكمة .

مادة ـ ١٣ ـ لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آ ل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

مادة ـ ١٤ ـ للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا إذا نص القانون على غير ذلك .

مادة ـ ١٥ ـ لا يجوز للجد بغير اذن المحكمه التصرف في مال القاصر ، ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

مادة ـ ١٧ ـ للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير اذا كانت نفقته واجبة عليه ، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته.

كما تطلق على التفويض والاعتماد كما في قوله تعالى : « إنِّي تَوَكَّلتُ عَلى اللهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ » (هود ـ ٥٦)[١].

وعرفها الفقهاء بأنها : إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له ، معلوم قابل للنيابة ـ مثل أن يقول شخص لآخر « بع هذا الشيء نيابة عني » فإذا قبل الآخر صار وكيلاً ، والعقد يسمى وكالة ـ فلا يكون توكيلاً إذا وكل غيره في تصرف لا يملكه ، أو كان يملكه ولكنه بطبيعته غير قابل للإنابة ، ولا بد وأن يكون الموكل به معلوماً لا مجهولاً كما سيأتي في شروط الوكالة .

مشروعيتها : حكي الله سبحانه حكاية أصحاب الكهف فقال : فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُم هَذِهِ إلى المدينةِ فَلْيَنظُر أيُّها أزكَى طَعَاماً فَلْيأتِكُم بِرزقٍ مِنهُ (الكهف ـ ١٩) وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سبقوا الإسلام وهي شرع لمن قبلنا ـ إلا أن الله أوردها في القرآن بدون إنكار فيعتبر هذا تشريعاً للمسلمين ـ وقد أيدت ذلك السنة النبوية ، فقد نقل عنه عليه السلام أنه وكل من يقبل عنه زواجه ، ووكل من اشترى له شاة ، وقد اشتهر ذلك خاصة فيمن كان يوكلهم الرسول عليه السلام في أعمال الدولة من جباية الزكاة وغيرها ، كما أن الإجماع قد انعقد على شرعيتها[١].

شروط الوكالة :

شروط الوكالة على أنواع : فبعضها يرجع إلى الموكل ، وبعضها يرجع إلى الوكيل ، وبعضها يرجع إلى الموكل به « محل الوكالة » :

---

١ ـ والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم التوكيل واطلاقها على الحفظ اطلاق لاسم السبب على المسبب ـ والوكيل في اسمائه تعالى فعيل بمعنى المفعول على الاطلاق الثاني (التفويض) ، وبمعنى الفاعل على المعنى الأول (الحفظ).

٢ ـ يقول صاحب الهداية جـ ٢ ص ٥٠٩ « لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال ، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره دفعاً للحاجة ».

فأما شروط الموكل : فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، لأن التوكيل تفويض ما يملك الشخص من التصرف ، فإذا كان لا يملك ما يوكل به لا يصح التوكيل ، ولهذا لا يصح التوكيل من المجنون ، والصبي الذي لا يعقل ، لأنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه من التصرفات ، كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة وغيرها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أما التصرفات التي هي متمحضة للنفع ولا تتوقف على إجازة الولي أو الوصي كقبول الهبة والصدقة فيملك التوكيل بها ، وكذا يصح توكيله بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، إن كان مأذوناً له بالتجارة من وليه ، فإن كان محجوراً عليه فيها فإن الوكالة تنعقد موقوفة على إجازة وليه .

أما الشرط الذي يرجع الى الوكيل فهو :

أن يكون عاقلاً مميزاً ، فلا يصح أن يكون الوكيل مجنوناً ، أو صبياً لا يعقل عند الحنفية - اما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة ، وكذا لا تشترط الذكورة فالرجل والمرأة سواء في ذلك ، وأيضاً ناقص الأهلية وكاملها سواء[1] ، وخالف الشافعية في توكيل ناقص الأهلية كالصبي المميز ، فلم يصححوه ، لأنهم شرطوا في الوكيل : أن يكون ممن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، والصبي لا تصح عبارته إلا في مسائل معينة ليس التوكيل منها .

أما شروط الموكل به فهي :

أ - أن يكون معلوماً للوكيل ، وتغتفر الجهالة اليسيرة ، لكونها لا تفضي إلى النزاع ، هذا في الوكالة الخاصة ، أما الوكالة العامة فتصح ولو كان الموكل به

---

١ - لا فرق بينهما إلا من ناحية الحقوق التي تنشأ عن العقد أو التصرف ، فإنها ترجع إلى الوكيل إذا كان كامل الأهلية ، وترجع إلى الموكل اذا كان الوكيل ناقص الأهلية .

مجهولاً ، كأن يقول شخص لآخر : أنت وكيلي في كل شيء .

ب - أن يكون الموكل به من التصرفات الجائزة شرعاً ، فإن وكل آخر بفعل محرم شرعاً كالاعتداء على الغير فلا يجوز .

حـ - أن يكون من التصرفات التي تقبل النيابة ، فإن كان لا يقبلها لا تصح الوكالة.

وقد قسم الفقهاء التصرفات بالنسبة لقبولها النيابة، وعدم قبولها الى ثلاثة أنواع :

ا - نوع يقبل النيابة بالاتفاق، وهي التصرفات التي يكون المقصود حصولها، بصرف النظر عن فاعل خاص ، كالبيع والشراء والإجارة والهبة ورد الودائع وقضاء الديون .

ب - نوع لا يقبل النيابة بالاتفاق ، وهي التصرفات التي يكون المقصود حصولها من شخص معين كاليمين ، فإن المقصود منها الدلالة على صدق المدعي ، وهو لا يتحقق بحلف غيره ، ومن ذلك الشهادات والعقوبات .

حـ - نوع لم يتفق الفقهاء عليه ، فبعضهم منع النيابة فيه ، وبعضهم أجازها، وهي التصرفات المترددة بين النوعين السابقين ، ومن ذلك القصاص ، فقد منع التوكيل به بعض الفقهاء ، استناداً إلى أن الحدود تدرأ بالشبهات، ولأن في حال التوكيل وغياب الولي توجد شبهة احتمال عفو الولي لو كان حاضراً - وأجاز بعضهم التوكيل بالقصاص، لكونه حقاً من حقوق العباد ، والحاجة تدعو إلى التوكيل به ، لأن الولي قد لا يستطيع استيفاءه بنفسه[1].

أنواع الوكالة :

تتنوع الوكالة باعتبار صيغتها إلى منجزة ، ومعلقة ، ومضافة :

---

١ - بدائع الصنائع حـ ٦ ص ٢١ ، وبداية المجتهد حـ ٢ ص ٢١ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ ٣ ص ٢١٣ . وتبيين الحقائق حـ ٤ ص ٥٢.

فالوكالة المنجزة : هي التي خلت صيغتها عن التعليق والإضافة إلى زمن مستقبل، مثل أن يقول الموكل لآخر : أنت وكيلي في بيع هذه الدار ، وحكمها يترتب عليها من وقت التوكيل ، فيصير وكيلاً من غير توقف على شيء آخر .

والوكالة المعلقة : هي التي علقت على حصول شيء، بواسطة أداة من أدوات التعليق كإن وإذا : مثل أن يقول شخص لآخر : إن لم يحضر أخي غداً فأنت وكيلي في بيع هذه الأرض ، وحكمها أنه لا يترتب عليها أثرها إلا عند وجود المعلق عليه ، فلا أثر لها قبله .

والوكالة المضافة : هي التي أضيفت صيغتها إلى زمن مستقبل ، مثل أن يقول لآخر : وكلتك بشراء هذه الدار في أول الشهر العربي القادم ، وحكمها أن الوكالة تتحقق من وقت النطق بصيغة التوكيل ، لكن لا يكون للوكيل الحق في التصرف إلا عند الوقت المضاف إليه الوكالة .

وتتنوع الوكالة أيضاً إلى : عامة ، وخاصة :

فالوكالة العامة : أن ينيب شخص غيره عنه إنابة عامة لا في تصرف خاص ، كأن يقول له : أنت وكيلي في كل شيء ، أو يقول : وكلتك عني في جميع تصرفاتي، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الوكالة، فقال الحنفية تكون صحيحة، فيملك الوكيل كل تصرفات الموكل لأن الإنسان قد يكون عاجزاً عن إتيان أي عمل من أعماله ، فلو لم يبح هذا النوع من الوكالة لوقع في الحرج ، حيث يحتاج إلى وكلاء كثيرين ، أو يضطر إلى توكيل خاص لكل عمل ، وفي ذلك مشقة .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا النوع صحيح، لكنه استثنى بعض التصرفات التي فيها ضرر بالموكل ، كالتبرع والطلاق والإبراء ، فقالوا لا يملكها الوكيل إلا إذا نص الموكل عليها صراحة .

وهذا الرأي الثاني قال به الشافعية ، وهو رأي جيد ، لما في الوكالة العامة إذا صحت في كل شيء من نوع غرر ، لا تتحقق معه مصلحة الموكل .

والوكالة الخاصة : أن ينيب الشخص غيره في تصرف معين ، مثل أن يقول له ، وكلتك في بيع داري ، أو المرافعة عني أمام القضاء في قضية كذا ، وحكمها أنها صحيحة اتفاقاً ، متى كان الموكل فيه معلوماً ، غير مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع .

وتتنوع الوكالة إلى : مطلقة ، ومقيدة :

فالوكالة المقيدة : هي التي يقيد الموكل فيها الوكيل في تصرف معين ، مع بيان الشروط التي يريدها في هذا التصرف : كأن يقول شخص لآخر : وكلتك في هذه الأرض بثمن حال قدره كذا ، أو مؤجل إلى سنة ، أو مقسط على أقساط سنة مثلاً .

وحكم هذه الوكالة : أن الوكيل يكون مقيداً بما شرطه الموكل ، فإنه إنما استمد وكالته منه ، فليس له أن يحيد عما رسمه له الموكل ، فإذا خالف الوكيل ولم يتقيد بما وُكِّل به : فإن كانت المخالفة لا خير فيها ، توقف تصرفه على رضا الموكل ، فلا ينفذ إلا إذا أجازه الموكل ، لأن الوكيل بمخالفته خرج عن الوكالة ، وصار فضولياً ، فيتوقف نفاذ تصرفه على الإجازة عند الحنفية — وإن خالف الوكيل إلى ما هو خير ، نفذ تصرفه على الموكل ، لأن الرضا بشيء يعد رضا بما هو خير منه ، ومثاله : أن يوكله ببيع سيارته بألف فيبيعها بألف وخمسمائة .

والوكالة المطلقة : هي التي لم يقيد الموكل الوكيل فيها بشيء ، ولم يشترط فيها شروط معينة ، كأن يقول شخص لآخر : وكلتك في بيع هذه الدابة ، من غير أن يحدد له ثمناً معيناً ، ودون أن يشترط عليه كون الثمن حالاً أو مقسطاً .

وحكم الوكالة المطلقة عند أبي حنيفة أن الوكيل لا يتقيد بشيء مطلقاً ، فيجوز أن يبيع بأي ثمن معين ، وبأي نقد ، حال أو مؤجل أو مسقط ، بغبن فاحش أو بدونه ، لأن هذا مقتضى الإطلاق في الوكالة الصادرة من الموكل ، إذ لو كان يريد أمراً معيناً لقيد الوكيل به ، فحيث أطلق فيعمل بهذا الإطلاق ، فلعل

الموكل يبغي التخلص من الشيء بأي وسيلة .

وقال الصاحبان : يتقيد الوكيل بما تعارفه الناس ، على معنى أن الوكيل له حق التصرف في حدود العرف ، فإذا خالف المتعارف كان فضولياً في تصرفه ، ويكون تصرفه موقوفاً نفاذه على إجازة الموكل ورضاه ، فمثلاً إذا باع بغبن فاحش ، أو بثمن مؤجل ولم يكن العرف على ذلك ، أو بغير النقد الغالب ، توقف هذا البيع ولا ينفذ إلا إذا أجازه الموكل .

وقول الصاحبين أرجح ، لأن اللفظ وإن كان مطلقاً عن القيد ، إلا أن العرف يقيده جرياً على القاعدة المشهورة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

الأجر على الوكالة :

حيث كانت الوكالة من قبيل التبرع والمعاونة على عمل الخير ، كان الأصل فيها أن تكون بغير أجر ، وقد تكون الوكالة في مقابل أجر يأخذه الوكيل ، وهذا هو الشائع الكثير في زماننا هذا بين الناس . فقد جرت العادة بتوكيل المحامين ، والمحاسبين ونحوهم . والوكالة بالأجر جائزة ، وحينئذ تكون إجارة في المعنى ، ويكون للوكيل حكم الأجير[1] ، وإذا صدرت الوكالة مع ذكر الأجر صراحة فإنه يلزم الأجر المتفق عليه ، وإن لم يصرح بالأجر في الوكالة فإنه يحكم العرف ، فإن لم يكن عرف كانت الوكالة مجانا ، حملاً للمتنازع فيه على ما هو الكثير الغالب .

والوكالة بأجر وبغير أجر قد وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ثبت أنه عليه السلام وكل من يشتري له شاة بغير أجر — كما ثبت أنه وكل عماله لجميع الصدقات وغيرها وجعل لهم أجراً على ذلك .

١ ـ فيلزم كل منهما بمقتضى العقد ، ولا يستقل أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر ، ويلزم الوكيل بالمضي في عمله وليس له أن يتخلى عنه .

وإذا كانت الوكالة بلا أجر كانت من قبيل التبرعات ، ويكون الوكيل غير ملزم بالمضي فيها ، ويجوز له التخلي عنها في أي وقت شاء ، كما لا يملك الموكل إلزام الوكيل بأن يمضي في الوكالة هذا عند الحنفية ، ولم يفرق الشافعية بين الوكالة بأجر أو بغيره ، فهي عندهم غير لازمة .

حكم الوكالة وحقوق العقد :

نريد بالحكم هنا الأثر المترتب على العقد : فيثبت بالتوكيل ، ولاية للوكيل يكون بها قائماً مقام الموكل فيما وكل فيه ، ويترتب على التصرف الصادر من الوكيل جميع الأحكام التي تترتب على التصرف فيما لو صدر من الموكّل نفسه .

أما حقوق العقد : وهي ما يتعلق بتنفيذ أحكام العقد ، ويحفظ لكل من الوكيل والموكل والمشتري أو البائع حقوقهم .

ويتضح الفرق بين حكم الوكالة ، وحقوق العقد في عقد البيع ، فان حكمه نقل الملكية في البدلين ، فيملك البائع الثمن ، والمشتري المبيع – أما حقوق البيع ، فهي كإلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بعد أداء الثمن ، وضمان سلامة المبيع من العيوب بحيث لو ظهر فيه عيب قديم ، وجب عليه قبوله من المشتري إذا رده إليه . وكذا إلزام المشتري بأداء الثمن إلى البائع ، وحقه في المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن ،

وعلى هذا فحكم الوكالة ، يرجع إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى موكله ، أو لم يضفه إليه ، بل أضافه إلى نفسه ، وهذا إذا كان العقد من العقود التي يصح للوكيل أن يضيفها إليه كالبيع ، ذلك لأن الوكيل إنما يعقد للموكل ، نيابة عنه ، ومقتضى النيابة أن يكون حكم العقد للأصيل لا للنائب .

ومن هنا تختلف حقوق العقد عن حكمه : لأنها تارة ترجع إلى الموكل ، وتارة ترجع إلى الوكيل ، كما يرجع هذا الاختلاف إلى نوع التصرف الذي يتولاه الوكيل ، ذلك أن التصرفات التي يتولاها الوكيل نوعان :

الأول : تصرفات لا يلزم أن يضيفها الوكيل إلى الموكل ، بل يصح أن يضيفها إليه ، ويصح أن يضيفها إلى نفسه ، مثل عقود المعاوضات : كالبيع والشراء والإجارة .

وحكم هذا النوع أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل ، كانت الحقوق راجعة إلى الموكل ، وكان ملزماً بها ، لأن الوكيل في هذه الحالة سفير ومعبر فقط . أما إذا أضاف العقد إلى نفسه ، ولم يذكر اسم الموكل في عبارته ، فتكون الحقوق راجعة إلى الوكيل دون الموكل – عند الحنفية – لأن الوكيل هو الذي تولى إصدار العقد ، ولا يعرف الطرف الآخر غيره ، فكان من اللازم أن ترجع حقوق العقد إليه دون غيره .

وهذا كله إذا كان الوكيل من أهل الضمان ، فإن لم يكن بأن كان محجوراً عليه للسفه مثلا رجعت الحقوق إلى الموكل ، سواء أضافة إلى نفسه أو إلى الموكل ، لأن الوكيل ليس أهلاً للالتزام .

الثاني :

تصرفات يلزم الوكيل أن يضيفها إلى موكله ، ولا يجوز له أن يضيفها إلى نفسه ، ولو أضافها إلى نفسه ، لزمه العقد ولا يلزم موكله ، ويكون بهذا مخالفاً ، خارجاً عن الوكالة ، ومثال هذا : الزواج ، والطلاق ، والخلع ، والهبة ، والإعارة ، والاقتراض .

وحكم هذا النوع : أن الحقوق ترجع إلى الموكل « إن أضافها إلى الموكل » ولا ترجع إلى الوكيل ، لأن الوكيل في هذه التصرفات يعتبر سفيراً ومعبراً عن

الموكل ، ولهذا لا يكون المطالب بالمهر في عقد الزواج الوكيل إذا باشره بل الموكل وهو الزوج — كما أن الوكيل عن المرأة في الزواج لا يُطالَب بتسليمها إلى الزوج ، والوكيل بالهبة عن الواهب لا يطالب بتسليم العين الموهوبة (١) .

وقد تناول هـذا الموضوع القانون المدني من المادة (١٠٤ — ١٧٦) وهي تتفق في جملتها مع الفقه الإسلامي .

تعدد الوكلاء :

يجوز للشخص الواحد أن يجعل عنه أكثر من وكيل ، والوكلاء في عمـل واحد إذا كانت الوكالة بعقد واحد ، لا يجوز لأحدهم الانفراد بالتصرف دون الآخرين ، كما لا يجوز لأحدهم الانفراد بالتصرف دون الآخرين ، إلا إذا صرح الموكل بذلك عنـد التوكيل ، او كان التصرف الموكل فيه لا يحتاج إلى رأي وتشاور ، كرد الوديعة ، وإيفـاء الدين ؛ أو كان التصرف بطبيعته لا يمكن جتماع الوكلاء عليه في وقت واحد .

أما إذا كان الوكلاء متعددين وفي تصرفات مختلفة ،فيجوز لكل واحد منهم أن ينفرد بالتصرف الموكل فيه من غير حاجة إلى استطلاع رأي الآخرين ، أو علمهم ، لأن التوكيل على هذا الوجه يعطى كل واحـد منهم الحق في التصرف كاملا ، وتنتهي وكالته بقيامه بالتصرف الذي وكل فيه .

ما تنتهي به الوكالة :

تنتهي الوكالة بواحد من الأمور الآتية :

---

(١) راجع المغنى ﺣ ٥ ص ١٣٠ ، وتبيين الحقائق ﺣ ٤ ص ٢٥٦ ، وبدائع الصنائع ﺣ ٥ ص ٢٣ وفتح القدير ﺣ ٦ ص ١٧ .

١ – أن يقوم الموكل نفسه بالعمل الذي وكل فيه ، قبل أن يباشره الوكيل.

٢ – أن يقوم الوكيل بما وكله به الموكل .

٣ – أن يموت الوكيل ، أو يخرج عن أهليته للوكالة فيصيبه جنون مطبق على رأي أبي حنيفة ومحمد – لأن صحة الوكالة موقوفة على كون الوكيل أهلاً للتصرفات ، فإذا زالت أهليته بطلت الوكالة .

٤ – أن يموت الموكل أو يخرج عن أهليته للتصرف الذي وكل فيه ، وهذا لأن ولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل ، فإن زال الأصل يزول التبع – وتنتهي الوكالة بمجرد خروج الموكل عن أهليته أو موته ، سواء علم الوكيل بانتهائها او لم يعلم ، فإذا كان قد باشر التصرف الموكل به بعد وقت الموت أو الخروج عن الأهلية فلا يصح التصرف ، ويبطل إذا لم يتعلق به حق لغير الموكل ، فمن وكل شخصاً في أن يهب شيئاً معيناً لفلان ، ولكن قبل أن يقوم الوكيل بالهبة ، جُنّ أو حجر عليه للسفه ، فإن التوكيل يبطل من وقت الجنون أو الحجر ، ولو لم يعلم الوكيل ، فلو وهب بعد هذا الوقت لا تصح الهبة .

أما إذا تعلق بالتصرف الذي باشره الوكيل بعد الجنون أو الحجر ، حق لغير الموكل ، فإن التوكيل لا ينتهي إلا إذا رضي صاحب الحق ، حتى لا يضيع على صاحب الحق حقه فمثلاً إذا وكل الراهن (وهو المدين) ، شخصاً ببيع الرهن عند حلول الدين ، وسداد الدين من الثمن ، فإن هذا التوكيل يتعلق به حق للدائن وهو المرتهن – فإذا مات الراهن أو خرج عن أهليته ، لا ينعزل الوكيل إلا برضا صاحب الحق وهو الدائن

٥ – أن تخرج العين التي هي موضوع التوكيل عن محليتها للتصرف الموكل به ، فإذا وكله في تزويجه امرأة معينة فماتت ، أو تزوجها غيره بطلت الوكالة .

٦ ــ أن يعزل الوكيل من الوكالة ، لأن الوكالة كما عرفنا من العقود غير اللازمة ، فكان للموكل أن ينهي وكالته في أي وقت شاء ، لكن يشترط لانتهاء الوكالة بالعزل علم الوكيل به ، كيلا يلحقه ضرر بإبطال ولايته ، فيما إذا تصرف تصرفاً يعود عليه بالضمان ، كذلك يشترط ألا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل ، فإن تعلق بها حق لغيره توقف انتهاؤها على رضا صاحب الحق .

٧ ــ أن يتنازل الوكيل عن الوكالة ، فإذا تنازل الوكيل انتهت وكالته ، لكن بشرط علم الموكل بهذا التنازل ، وعدم تعلق حق لغير الموكل بهذه الوكالة، لئلا يلحق صاحب الحق ضرر بهذا التنازل، فإن تعلق حق لغير الموكل فلا تنتهي الوكالة إلا إذا رضي صاحب الحق بذلك .

هذا وانتهاء **الوكالة في القانون** قد تناولته المادة ٧١٤ التي تنص على أنها تنتهي باتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وبموت الموكل أو الوكيل ، كما نصت المادتان ٧١٥ ، ٧١٦ وهما اللتان تجيزان لكل من الوكيل أو الموكل انتهاء الوكالة رغم الآخر ، بالقيود المذكورة فيها .

المبحث الرابع

الفضولي

الفضولي لغة منسوب إلى فضول بالضم ، وهو في الأصل جمع فضل بمعنى الزيادة، ثم غلب على ما لا خير فيه ، ويشتغل بما لا يعنيه ، ولذا لم يرد إلى الواحد عند النسبة .

وهو شرعاً : من ليس بوكيل ولا ولي ــ فهو شخص يتصرف في شئون غيره ، دون أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف ، كمن يبيع مال غيره أو

يؤجره ، أو يطلق زوجة غيره من غير وكالة صادرة له من الغير ، أو ولاية شرعية عليه .

حكم تصرفات الفضولي :

يرى الشافعي وأحمد في رواية أن عقود وتصرفات الفضولي باطلة ، من أول أمرها ، ولا يغير من بطلانها رضا صاحب الشأن بإجازتها ، لأن الإجازة إنما تؤثر في شيء موجود ، وهذه لا وجود لها .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي :

أولا : بأن تصرفات الفضولي تصرف فيما لا يملكه ، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه لا يجوز ، لورود النهي عنه شرعاً ، في حديث حكيم بن حزام حيث سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن الشيء يبيعه لغيره ، ثم يذهب ويشتريه من السوق ، ويسلمه للمشتري ، فنهاه عن ذلك ، وقال له « لا تبع ما ليس عندك » أي ما ليس مملوكاً لك ، وهذا النهي يفيد عدم المشروعية ، فيكون تصرف الفضولي باطلاً .

ثانياً : أن من شروط وجود العقد شرعاً، أن يكون العاقد له ولاية إصدار العقد وهذه الولاية إنما تكون بالملك للشيء ، أو بالإذن من المالك ، والفضولي ليس مالكاً لما يتصرف فيه ، كما أنه ليس مأذوناً بالتصرف من المالك ، فلا يكون لتصرفه وجود في نظر الشارع ، ولا يترتب عليه شيء من الآثار .

ويرى الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد أن عقود الفضولي وتصرفاته ، تقع صحيحة لكنها تتوقف على إجازة صاحب الشأن إن أجازها نفذت ، وإن لم يجزها بطلت — ودليلهم .

أولا : ما روى أن رسول الله صلى‌الله عليه وسلم أعطى حكيم بن حزام[1]

ديناراً وقال له : اشتر لنا من هذا الجلب شاة للأضحية،فاشترى شاتين بدينار، ثم باع أحداها بدينار ، وجاء بشاة ودينار ، وقال للرسول صلى الله عليه وسلم: هذه شاتكم ودينارکم ، فقال الرسول : اللهم بارك له في صفقة يمينه ، فكان لا يشتري شيئاً إلا ربح فيه – فقد اشتملت الرواية على أن الصحابي إنما كان موكلاً بشراء شاة واحدة ، فشراؤه الشاة الثانية ، وبيعه لها . كان من قبيل الفضالة . وقد أقره الرسول عليها . فكان ذلك دليلا على مشروعية تصرفات الفضولي ، وأنها تكون نافذة على صاحب الشأن متى رضي بها وأجازها .

ثانياً : أن هذا التصرف من الفضولي قد يكون فيه مصلحة للمعقود له ، يندم إذا ضاعت منه ، فلأجل أن تتحقق له هذه المصلحة ، يجعل التصرف موقوفاً ؛ إذا أراده أجازه ، ونفذ ، وإن رغب عنه رفضه وبطل ؛ على ان الفضولي عاقل ، والحكمة تقضي بعدم إهدار كلام العقلاء .

والراجح هو القول الثاني ، لأن حديث حكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » لا يدل على إبطال تصرف الفضولي ، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ربما لا يجده ، فيعجز عن تسليمه للمشتري ، وحينئذ يكون قد غرر به ، والتغرير بالغير لا يجوز .

توقف عقد الفضولي ليس على إطلاقه :

اشترط القائلون بأن عقد الفضولي موقوف على إجازة صاحب الشأن لتوقف العقد :أمران :

---

١ ـ حكيم بن حزام ابن أخي السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول عليه السلام،وكان يكنى أبا خالد وأسلم يوم الفتح ، وأسلم معه أولاده ، وكان حكيماً معمراً ، عاش في الجاهلية ستين سنه وفي الاسلام ستين سنة ، وكان من المؤلفة قلوبهم ، ثم حسن إسلامه ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ – هذا وفي بعض الروايات ان الذي اعطاه الرسول الدينار هو صحابي آخر يدعى عروة البارقي .

أولهما : أن يكون العقد من العقود التي يملك صاحب الشأن مباشرتها بنفسه، كما لو باع الفضولي ما للصغير بمثل القيمة، فإنه يصح البيع ، ويتوقف على إجازة الولي ، لأن الولي يملك مباشرة هذا العقد بنفسه فيملك إجازته .

أما إذا لم يكن لصاحب الشأن حق مباشرته بنفسه فلا يصح بل يبطل ، كما لو باع الفضولي مالاً للصغير بغبن فاحش، لا يصح ، لأن الولي لا يملك التصرف في مال الصغير بما فيه ضرر له ، فلا يملك إجازته إذا صدر من غيره . — وأيضاً يكون تصرف الفضولي بهبة مال الصغير أو طلاق زوجته باطلاً ، من أول أمره، دون توقف على إجازة الولي ، لأن الولي لا يملك إنشاء ذلك ، لما فيه من الضرر.

ثانيهما : أن يكون من غير الممكن نفاذ العقد على الفضولي في حال رفض صاحب الشأن ، فمن باع مال غيره أو أجره، أو اشترى شيئاً لغيره أو استأجر له شيئاً فسواء أضاف العقد إلى صاحب المال أو لم يضفه ، أو أضاف العقد إلى من يعقد له في الشراء والإجازة أو لم يضفه . فإن العقد في هذه الصور لا يمكن تنفيذه على الفضولي ، فلهذا يكون موقوفاً على إجازة من صدر العقد لأجله، إن أجازه نفذ ، وإن لم يجزه بطل .

أما في حال إمكان نفاذ العقد على الفضولي إذا رفضه صاحب الشأن ، فإن العقد لا يبطل ، بل ينفذ على الفضولي ، ومثاله أن يشتري الفضولي شيئاً أو يستأجره دون أن يضيف العقد إلى من يشتري له أو يستأجر له ، فإذا فعل ذلك وقع العقد له ونفذ عليه ، ولا يبطل برد من وقع العقد لأجله ، وهذا جريا على أن الأصل في الإنسان إنما يعقد لنفسه ، ما لم يوجد صارف يصرفه عن ذلك الأصل ، بأن يضيفه إلى الغير .

أثر الاجازة في بدء نفاذ العقد :

إذا كان التصرف الذي باشره الفضولي من التصرفات التي يصح تعليقها بالشرط كالكفالة والحوالة والطلاق والوكالة ، فأجاز صاحب الشأن ، نفذ

التصرف من وقت الإجازة لا من وقت العقد ، لأن العقد معلق في المعنى على حصول الإجازة من صاحب الشأن،فيأخذ حكم العقد المعلق على شرط صراحة. وينفذ من وقت تحقق الشرط المعلق عليه،وعلى هذا لا يلزم المجيز نفقة للمشتري إلا من وقت الإجازة ، ولا يكون النماء والزيادة له إلا من حينها .

أما إذا كان التصرف من الفضولي من التصرفات التي لا يصح تعليقها بالشرط كعقود المعاوضات كالبيع أو الإجارة ، فأجاز صاحب الشأن يكون نفاذه من تاريخ الانعقاد لا من وقت الإجازة ، فتكون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ينقلب بها الفضولي وكيلاً ، من وقت العقد، وتكون زوائد المعقود عليه وغلاته مملوكة للمشتري من وقت البيع ، لأنها ثمار ملكه [1] أما العقود التي يتوقف تمامها على أمر آخر غير صيغة العقد كالقبض مثلاً في الهبة: فحكمها أنها تنفذ من وقت تسليم الموهوب .

ما يشترط لصحة الاجازة :

١ – أن تصدر ممن يملك إنشاء العقد كما قدمنا، أو تصدر من نائبه في حياته، لأن حق الإجازة لا يورث .

٢ – أن تصدر الإجازة ممن يملكها في حال بقاء محل العقد ، حتى يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، وعلى هذا لا تصح الإجازة بعد هلاك المبيع في عقد البيع ، ولا بعد وفاة الزوجة في عقد الزواج .

٣ – أن تكون الإجازة في حال حياة الفضولي ، لأنه سينقلب بالإجازة وكيلاً . وهذا الشرط مشترط في العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كالمعاملات ، أما في العقود التي لا ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل كالزواج فلا يشترط ، ولا يتوقف صحة الإجازة على حياة الفضولي ، لأن مهمته تنتهي بانتهاء عبارته .

---

١ – راجع بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١٤٨ - ١٥٢ .

٤ ــ أن تكون الإجازة في حال حياة من تعاقد معه الفضولي ، لكي يظهر أثرها في حقه ،فالفضولي لو زوّج امرأة بدون إذنها ، ثم أجازت المرأة هذا الزواج بعد موت الزوج لا تصح الإجازة ، لعدم وجود الطرف الآخر في العقد .

فسخ العقد من الفضولي :

يرى الحنفية أن الفضولي إذا باشر عقداً يمكن نفاذه عليه شخصياً ، وكان من العقود التي ترجع حقوقها إليه ، يكون من حقه أن يفسخ هذا العقد مع البائع مثلاً أو مع المؤجر،متى كان الفسخ قبل إجازته من صاحب الشأن ، إما إذا كان ما باشره الفضولي من العقود التي لا ترجع إليه فيها الحقوق كالزواج ، فلا يملك فسخ العقد . فإذا فسخه ثم علم صاحب الشأن وأجاز ، كان العقد صحيحاً ونافذاً ، ولا عبرة بما صدر من الفضولي ، لأنه أصبح أجنبياً عن العقد . فلو زوج فضولي امرأة من غير أن توكله لا يملك فسخ العقد قبل إجازتها .

وسبب هذه التفرقة أن الإجازة في العقود الأولى يترتب عليها إلزام الفضولي بحقوق العقد ، وقد يلحقه ضرر من ذلك ، فتفادياً من لحوق الضرر أبيح له فسخ هذه العقود . أما النوع الثاني فلا التزام على الفضولي بشيء بعد الإجازة ، لأن حقوق العقد ترجع إلى صاحب الشأن فلا يلحقه ضرر من نفاذه

الفضولي في القانون :

الفضولي في القانون أن يتولى شخص عن قصد ، ودون أن يكون ملزماً بذلك ، شأناً لحساب شخص آخر ،وتسمى قانونا الفضالة . ويعتبرها نوعاً قريباً من الوكالة ، لأنها تؤدي دوراً مشابهاً لها ، بل إنها تنقلب إلى وكالة إذا أقر رب العمل عمل الفضولي ، كذلك قد تنتهي الوكالة إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته ، أو استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة ــ ولكن تختلف الفضالة عن الوكالة في أن ما يترتب عليها من التزامات بالنسبة إلى الفضولي مصدره القانون،

على حين أن مصدر التزام الوكيل هو العقد .

وقد نصت المادة (١٨٨) من القانون المدني على أن « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك » كما نصت المادة ١٨٩ على أنه « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لايمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر » .

وفي المادة ١٩٠ بين القانون موقف رب العمل من تدخل الفضولي ونصها « تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي » .

كذلك أوضح القانون أحكام الفضالة ، والتزامات الفضولي والتزمات رب العمل في المواد ١٩١ - ١٩٥) وأخيراً بين القانون طبيعة الفضالة ، وان البعض يرى قربها من الوكالة واعتبارها وكالة ضمنية لأوجه الشبه بينهما ، بينما البعض الآخر يرى أن مصدر التزام الفضولي هي الإرادة المتفردة، وبعضهم يسند الفضالة إلى قواعد المسئولية التقصيرية ، أو الاثراء بلا سبب ، او القانون - ويرى فريق من الشراح أن الفضالة مصدر خاص من مصادر الالتزام .

والملاحظ أن القانون يطلق على عقد الفضولي اسم « البطلان النسبي » ولا يطلق عليه اسم الموقوف كما قـــال الفقهاء ، وإن كان الإطلاق الفقهي ادق ، لأن الصلة ضعيفة بين لفظ البطلان ، وبين ما يدل عليه من المعنى الذي هو حكم هذه العقود [1] .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٢٢٨ - والنظرية العامة للالتزام للدكتور انور سلطان حـ ١ ص ٦٧٤ وما بعدها .



الفصل الرابع

أحكام العقد وتقسيماته

أولا : حكم العقد :

يطلق الفقهاء لفظ الحكم ويريدون به أنواعاً ثلاثة :

الأول : الأثر المترتب من الشارع على العقد، والذي جعل العقد سبيلاً وسبباً إليه ، كنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، وملكية الثمن من المشتري إلى البائع في عقد البيع ، ووجوب المهر ، وحل ما كان ممنوعاً قبل الزواج لكل من الزوجين في عقد الزواج ، وتمليك المؤجر الأجر ، وتملك المستأجر منفعة العين المؤجرة في الإجارة ، فهذه كلها يطلق عليها أحكام العقد .

الثاني : الصفات الثابتة للعقد . التي تنتج من شرعية العقد أو عدم شرعيته كالصحة والبطلان ، أو التي تنتج مما للعقد المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال ، أو لا تقتضي ذلك . كالنفاذ ، والوقف ، أو التي تنتج تبعاً لتحقق القوة الملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما ، أو عدم تحققها كاللزوم [1] .

الثالث : الصفات الشرعيـــة للعقد من جهة كون الشيء مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه ، ويشمل ذلك : الفرضية ، والوجوب ، والسنية ، والحرمـة ، والكراهة ، فيقولون مثلاً حكم الزواج أنه واجب في حالة خوف الوقوع في الفاحشة عند عدمه ، وفي حالة ظلم الزوجة حكمه الكراهة ، وفي حالة اعتدال

---

(١) يسمى الأصوليون هذا الإطلاق بالحكم الوضعي ، نسبة إلى وضع الشارع وجعله هذه الأشياء مفيدة آثارها التي اختصها بها .

الطبيعة حكمه السنية [1] .

تلك إطلاقات ثلاثة للحكم ، ولكن الإطلاق الأول هو الذي يحسن أن تختص به كلمة الحكم ، كما يحسن إطلاق لفظ (النوع) على الإطلاق الثاني — أما الاطلاق الثالث فكثيراً ما اشتهر عند الفقهاء إطلاق لفظ الصفة ، أو الصفة الشرعية عليه .

وعلى ذلك فيكون المراد بحكم العقد، فيما سنفصل الكلام عليه هو الأثر المترتب على العقد شرعاً .

ثانياً : اقسام العقود

تنقسم العقود إلى أقسام متعددة ، تبعاً لاعتبارات مختلفة :

فتنقسم أولا : بحسب اعتبار الشارع لها ؛ وترتب آثارها عليها وعدمه، إلى : صحيحة ، وفاسدة ، وباطلة .

وتنقسم ثانياً : بحسب الاكتفاء بإرادة المتعاقدين ، أو اشتراط شيء آخر معها إلى عقود عينيه ، وعقود غير عينية .

وتنقسم ثالثاً : بحسب موضوعها والغرض المقصود منها إلى عقود تمليكات ، وإسقاطات ، وإطلاقات ، وتقييدات ، وشركات ، وتوثيقات ، واستحفاظات .

وتنقسم رابعاً : من حيث اتصال أحكامها بها ، أو تأخرها عنها الى : منجزة ومضافة ، ومعلقة .

وتنقسم خامساً : من حيث تسميتها ووضع الشارع أسماء خاصة لها ،وتكفل التشريع ببيان أحكامها ، وعدم ذلك إلى عقود مسماة وغير مسماة .

---

(١) يسمى الاصوليون هذا الإطلاق بالحكم التكليفي ، نسبة إلى التكليف من الشارع بالفعل أو الترك على جهة الالزام ، والحتم أو عدمه .

وسنفصل القول عن كل تقسيم من التقسيمات الخمسة السابقة ، في مبحث خاص به ، وقبل ذلك نشير إلى الأمور الآتيه :

أولا : أن المراد بالعقد الذي نقسمه العقد بمعناه العام ، وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي ، أعم من أن يكون صادراً من شخص واحد كالوقف ، أو يكون صادراً من شخصين كالبيع ، وليس المراد العقد بمعناه الخاص الذي هو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين ، لأن كثيراً من الأقسام التي يذكرها العلماء ضمن أقسام العقود ليست من أفراد العقد بهذا المعنى الخاص ، كما في الطلاق المجرد عن المال .

ثانياً : أن بعض التقسيمات التي سيرد تفصيلها ، لم يذكرها الفقهاء قديماً ، كتقسيم العقود إلى مسماة ، وغير مسماة ، وتقسيمها إلى عينية ، وغير عينية ، إنما تعرض لها رجال القانون المدني ، وسايرهم في ذلك فقهاء الشريعة حديثاً .

ثالثا : أن أقسام العقود التي ستذكر ، قد يتداخل بعضها مع بعض مع حالات كثيرة ، وقد يكون الشيء الواحد مندرجاً في تقسيمات كثيرة ، لاشتماله على معان متعددة ، ومثال ذلك عقد البيع فإنه من عقود التمليكات ، لا من عقود الإسقاطات بالنظر إلى موضوعه والغرض منه ، وهو أيضاً من عقود المعاوضات لا من عقود التبرعات ، بالنظر إلى أنه مبادلة مال بمال .

المبحث الأول

تقسيم العقد إلى صحيح وفاسد وباطل

العقد الصحيح : ما توافرت فيه الأركان والشروط ، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجه عن المشروعية ، ويصلح أن يكون سبباً ليترتب عليه حكم الشارع الذي جعله له، ويقول الحنفية في تعريفه : ما شرع بأصله ووصفه.

وعلى ذلك إن كان أحد العاقدين ، ليس أهلاً لمباشرة العقد كالمجنون أو الصبي ، أو كان محل العقد غير قابل للأثر المترتب عليه كالميتة والخمر إذا باعها المسلم ، وكان الثمن نقداً ، أو كان الخلل ليس في أصله ، وإنما لوصف غير مشروع ، لتأقيت البيع بمدة ، وكبيع المسلم سلعة ويتقاضى ثمنها خمراً ، ففي كل ذلك يكون العقد غير صحيح .

والعقد غير الصحيح : عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : ما كان الخلل في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد ، أو في أي وصف اتصل به يخرجه عن مشروعيته ، أي ما كان الخلل في أصله أو وصفه ، ومثاله : عقد المجنون ، وعقد الصبي غير المميز ، وعقد الفضولي ، والتعاقد على الميتة ، والتعاقد على الخمر من المسلم ، أو جعله ثمناً لسلعة ، فهذه كلها عقود اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها ، فلا تكون منعقدة .

وفرق الحنفية بين ما إذا كان الخلل راجعاً إلى أصل العقد « كالعاقد والصيغة والمحل» ، كبيع المجنون والشيء المباح ، وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحاً لكن لحقه وصف ينهي عنه الشارع ، ويخرجه عن مشروعيته كالبيع بثمن مؤجل إلى وقت الميسرة ، فقالوا إن الأول عقد باطل ، والثاني عقد فاسد.

فالعقد الفاسد : عند الحنفية : العقد الذي وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ، ووجد القصد إليه ، لكن اتصل به وصف منهي عنه شرعاً ، يخرج

العقد عن مشروعيته ، ويقولون عنه : إنه ما شرع بأصله دون وصفه ، فشرعيته بأصله لتوفر شروط الانعقاد ، واستيفائه ما طلب الشارع تحققه في العقد ، وعدم شرعيته بوصفه لما اتصل به من أمر أو وصف غير مشروع يجعل العقد منهياً عنه شرعا ، وعلى ذلك يكون العقد الفاسد في نظرهم له شبهان ، شبه بالعقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله وسلامته ، وشبه بالعقد الباطل من ناحية تعلق نهي الشارع عنه لما اتصف به ،ومثاله : أن يتصف البيع بالتأقيت أو أن يكون الثمن ما لا غير متقوم شرعاً ، أو أن يكون الثمن مجهولا جهالة فاحشة .

أما **العقد الباطل** : عند الحنفية فهو ما لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه ، على معنى أن العقد ليس له وجود ولا انعقاد ، كأن يكون العاقد مجنوناً أو صبياً غير مميز ،أو أن يكون العقد وارداً على ميتة ،أو على امرأة محرمة على الزوج ، أو كأن يبيع المسلم خمراً أو خنزيراً .

ومنشأ هذا الخلاف يرجع إلى خلافهم في أثر النهي في المنهي عنه :

فلما كان الجمهور يذهبون إلى أن النهي مطلقاً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً، أعم من أن يكون راجعاً إلى أصل العقد أو وصفه الملازم له ، قالوا إن العقد الذي كذلك ، لا يترتب عليه أي أثر من آثاره ، لمكان النهي من الشارع عنه ، فهو عقد غير مشروع ، وهو عقد باطل لذلك ، لأن النهي يقتضي البطلان .

ولما كان الحنفية يقولون بالتفصيل : وأن النهي إذا رجع إلى أصل العقد « العاقد أو المحل أو الصيغة » يقتضي بطلان العقد ، وعدم ترتب أي أثر من الآثار عليه .

فإن كان النهي راجعاً إلى وصف ملازم للعقد ، فإنه يقتضي بطلان هذا الوصف فقط ، أما أصل العقد فغير باطل ، لكونه صادراً من أهله في محله ،

فقالوا بفساد العقد ، وجعلوه وسطاً بين الصحيح والباطل . وأثبتوا له أمرين :

أولها : أن العقد الفاسد إذا اتصل به قبض المبيع بإذن البائع يترتب عليه آثاره ، ثانيها : وجوب الفسخ للعقد من المتعاقدين بالتراضي ، أو بواسطة القاضي متى علم بذلك ، وهذا إذا لم يتغير المعقود عليه عما كان عليه قبل القبض ، أما إذا تغير بأن دقيقاً فخبزه المشترى ، أو قمحاً فطحنه ، أو هلك المبيع أو استهلك فلا يجب الفسخ ، ويمتنع رد المبيع ، وإن كان الإثم لايزال باقياً .

وكذلك يمتنع الفسخ إذا باعه المشتري لآخر بيعاً صحيحاً أو وهبه ، أو تصدق به وقبضه الموهوب له ، أو المتصدق عليه ، وذلك لتعلق حق الغير به .

هذا وإذا كان النهي لوصف غير ملازم ، « أي مجاور » للمنهى عنه ، كما في النهي عن البيع وقت الأذان يوم الجمعة . فالجمهور يذهبون إلى أنه صحيح مع الكراهة فقط ، وقال بعض الفقهاء : إن النهي يقتضي عدم المشروعية ، ويكون غير صحيح نظراً لظاهر النهي ، والراجح الرأي الأول ، لأن حقيقة العقد وذاته مشروعة ، والنهي لم يتعلق بها إنما تعلق بأمر مجاور هو الوصف . أما إذا كان النهي يرجع إلى وصف ملازم للعقد « أي عارض له » كما في النهي عن بيعتين في بيعة ، فيكون ومقتضاه بطلان هذا الوصف فقط وفساده ، وعدم مشروعيته وكانت حقيقة العقد مشروعه .

العقود ليست كلها سواء في الفساد والبطلان عند الحنفية :

فالعقود الناقلة للملكية ، والعقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين ، كالبيع والرهن والشركة والهبة والقرض والمزارعه والحوالة والمساقاة ، والإجارة والقسمة ، هي التي تكون فاسدة وباطلة .

أما العقود غير المالية والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، وكذلك التصرفات ذات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإقرار ،

والعبادات فهذه لا فرق فيها بين فاسد وباطل[1].

المبحث الثاني

تقسيم العقود إلى عينية وغير عينية

يدور هذا التقسيم على الاكتفاء لتمام العقد ، وترتب آثاره عليه على مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها ، أو الاحتياج إلى شيء وراءها .

فالعقود التي لا يكفي لأجل ترتب الآثار على العقد فيها مجرد الصيغة المستوفاة للشرائط بل تحتاج إلى قبض العين ، كالهبة والصدقة والاعارة والإيداع والرهن والقرض والصرف [2] ، تسمى **العقود العينية** .

أما العقود التي لا يتوقف تمامها، وترتب الآثار عليها على شيء غير الصيغة ، فهو تتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب فتسمى **العقود غير العينية** . وهي تشمل ما عدا العقود الستة السابقة .

---

١ ـ اضطرب القول عند الحنفية في الزواج ، فبعضهم قال إنه كالعبادات لا فرق فيه بين باطل وفاسد ، وبعضهم قال بالتفرقة بين فاسده وباطله ، والحق الرأي الثاني لأن عقود الزواج غير الصحيح ليست كلها في درجة واحدة ، من حيث الآثار المترتبة على الدخول . وان كان صاحب البدائع في جـ ٢ ص ٢٣٥ يقول « النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، وهو لا يفيد الحل » كما أن صاحب فتح القدير جـ ٢ ص ٣٨٢ يقول « فاسد النكاح وباطله سواء بخلاف البيع » .

٢ ـ الصرف هو مبادلة الذهب والفضة بعضها ببعض ، ويشترط في صحة التعاقد على الذهب والفضة قبض كل من البدلين في مجلس العقد ، وذلك لأنهما من الأموال الربوية ، شرط ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله « الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد » ، أما غير الصرف من العقود السابقة (ما عدا الرهن) فالقبض فيها من شروط التمام واللزوم ، لأنها من عقود التبرع، والتبرع إحسان ، فلا بد من أمر يؤكده وهو القبض ـ أما الرهن فان مشروعيته موصوفة بالقبض قال تعالى « فرهان مقبوضة » .

وللفقهاء خلاف فيما يتحقق به القبض في العقود العينية :

فبعضهم يذهب إلى تحققه في هذه العقود ، بأن يخلى العاقد بين المعقود عليه ، ومن يكون منه القبض ، بحيث يصير متمكناً من تسلمه ، والاستيلاء عليه ، ويكون ذلك برفع المانع من القبض .

وبعض الفقهاء يذهب إلى أنه لا بد من القبض حسا ، فيقبض الموهوب له الموهوب بيده فيما يمكن فيه ذلك – أي إذا كان منقولاً – وما لا يمكن فيه القبض فإنه يخلى فيه بينه وبين القابض ، والفاصل في ذلك عرف الناس .

المبحث الثالث

أقسام العقود بحسب موضوعها ، والغرض منها

العقود تختلف باختلاف المقصود منها . ذلك لأن العقد قد يكون المقصود منه تمليك شيء سواء كان الملك من الأعيان أو المنافع ، وقد يكون المقصود من العقد هو الاستيثاق أو الحفظ ، وقد يكون الغرض منه إسقاط الحق في الشيء ، وقد يكون المقصود إطلاق يد الشخص في شيء كان ممنوعاً عن التصرف فيه ، وقد يكون الغرض تقييد الشخص غيره ، ومنعه من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه ، وقد يكون غير ذلك .

وقد قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات ، تحتوي كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها ، والغاية الموجودة منها ، وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها ، يميزها عن غيرها ، ومع هذا فيوجد عقود تدخل في أكثر من مجموعة واحدة ، لأن لها أكثر من خاصية ، وقد حصرها البعض في سبع مجموعات هي :

الأولى : **عقود التمليكات** : وهي التي يكون المقصود منها تمليك الشيء ، فإن ورد التمليك على الأعيان كان بيعاً ، وإن ورد على المنافع كان إجارة أو إعارة ، وقد يكون التمليك بعوض ، وقد يكون بغير عوض ، ومن هنا كانت عقود التمليك نوعان :

١ ـ **عقود معاوضات**، وتسمى عقود المبادلات ، وهي ما قامت على أساس المبادلة بين المتعاقدين، وعلى تملك كل منهما ما للآخر، سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه ، الشامل للسلم والصرف والقرض والصلح عن إقرار ، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع ، والمزارعة ، والمساقاة والمضاربة ، أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج[1] والخلع، أم كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع بطريق المهايأة الزمانية أو المكانية، فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة .

٢ ـ **عقود التبرعات** : وهي العقود التي يكون التمليك فيها غير قابل ، فإن المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به ، وذلك مثل الهبة والوصية والوقف والصدقة والإعارة ، وإبراء المدين مما عليه حق لا يبقي للدائن حق في مطالبته به، وكالقرض لأن المقرض متبرع في تمكين المقترض من الانتفاع بالقرض، والمحاباة في عقود المعاوضات ، والكفالة بأمر المكفول له ، والحوالة إذا لم تكن

---

١ ـ جاء في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة بالعدد السادس مقال للاستاذ احمد ابراهيم قال فيه : جعل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التي قوبل فيها المال بغير المال وبغير المنفعة وأقول ، إن حقيقة الأمر فيه أنه عقد ازدواج وانضمام بين الرجال والنساء أذن به الشارع على وجه ما ، ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه النفقة ، فهو ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج ، ولكنه شيء وضعه الشارع على الرجل لفائدة المرأة ، ومثل ذلك في البلاد الغربية تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج «الدوطة » فليس المهر ثمناً للزوجة، كما أن الدوطة ليست ثمناً للرجل ، وقد أخذ على الفقهاء ذلك انظر ص ٦٧٨ ، ٦٧٩ من العدد المذكور سابقاً .

بأمر المحيل[١].

هذا وعقود التبرعات والمعاوضات تفيد التمليك، أي تمليك البدل في المعاوضات، وتمليك ما تم عليه التبرع في التبرعات. ولذا امكن أن يطلق عليهما عقود التمليكات.

الثانية : عقود الاسقاطات : وهي ما كان المقصود فيها إسقاط حق من الحقوق، سواءاً كان ذلك في مقابل شيء، أو من غير مقابل، وهي نوعان أيضاً.

أ ـ عقود إسقاطات فيها معنى المعاوضة، مثل الطلاق على مال تدفعه الزوجة لزوجها، والعفو عند القصاص في مقابل مال يدفعه الجاني، وهذا يأخذ حكم عقود المعاوضات من الجانب الذي هو من قبله كانت معاوضة، وتأخذ حكم الإسقاطات من جانب من هو في حقه إسقاط، فمثلا لو أن رجلا خالع زوجته على سقوط مؤخر صداقها، ونفقة عدتها، ثم أعرض عن المجلس قبل قبولها، لم يسقط حقها في القبول ما لم تعرض هي، لأن المجلس غير معتبر في حقه، لأن الخلع من جانبه إسقاط لا يتوقف على المجلس، وإنما يثبت المجلس في حق الزوجة لأنه بالنسبة لها معاوضة.

ب ـ عقود إسقاطات خالصة، وهي التي تكون من غير مقابل، كإبراء الدائن المدين من الدين، وكالطلاق المجرد عن المال، وكالعفو عن القصاص من غير بدل ونحو ذلك.

الثالثة : عقود الاطلاقات : وهي العقود التي يكون المقصود منها إطلاق

---

١ ـ هناك عقود تبرع في الابتداء معاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض خلافاً لزفر والشافعي، وكالقرض والكفالة والحوالة بأمر المدين ـ ويندرج في عقود التبرعات ما هو تبرع ابتداء وانتهاء، وما هو تبرع ضمن عقد معاوضة، وما كان تبرعاً في الابتداء وقد ينتهي به الأمر الى عقد معاوضة.

يد الانسان في تصرف لم يكن ثابتاً له من قبل ذلك ، ومنها عقدالوكالة والإمارة والقضاء والإيصاء فإن الوكيل والقاضي والوالي والوصي كل منهم كان ممنوعاً عن التصرف قبل أن تثبت له هذه الصفة ، وبعد ثبوتها لهم أطلقت أيديهم .

الرابعة : عقود التقييدات : وهي التي يكون المقصود منها تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له ، وذلك كعزل الوكيل عن الوكالة ، ومنع المحجور عليه والصبي المميز من التصرف بعد الإذن لهما فيه ، فإن ذلك فيه منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

الخامسة : عقود التوثيقات وهي التي يكون المقصود منها ضمان الديون لأصحابها ، ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والرهن ، فإن الدائن بهذه العقود يؤكد حقه في استرداد دينه ، ويبعد عنه احتمال خطر الضياع ، وتسمى هذه عقود الضمانات .

السادسة : عقود **الشركات** ، وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في نماء المال، أو ما يخرج من العمل، وذلك مثل عقود الشركة بأنواعها ، وعقود المزارعة والمساقاة والمضاربة .

السابعة : عقود **الاستحفاظات**: وهي العقود التي تحدث بين الشخص وغيره لقصد حفظ المال فقط . كعقد الإيداع ، وعقد الحراسة .

المبحث الرابع

تقسيم العقود إلى منجزة ومضافة ومعلقة

للعقود والتصرفات القولية حالتان من حيث الإطلاق والتقييد في الصيغة .

الحالة الاولى : أن تصدر الصيغة من العاقد منجزة ، خالية من كل قيد أو شرط ، وعندئذ يوجد التصرف أو العقد شرعاً ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره

فور إنشائه ويسمى العقد حينئذ «**عقداً منجزاً**» فمن قال لآخر بعتك داري هذه ، أو قال له أجرتك داري هذه سنة بكذا ، وقبل الآخر : أخذ العقد حكمه في الحال وملك المشتري المبيع، وملك المستأجر المنفعة ، لقاء تملك البائع والمستأجر البدل المسمى .

الحالة الثانية : أن تصدر العبارة من العاقد مربوطة بأمر يقصد به ، وذلك على نوعين .

أ ـ أن يعلق وجود العقد، ويربط بوجود شيء آخر ، فلا يوجد هذا العقد إلا بوجود ذلك الشيء ، كأن يقول البائع للمشتري : بعتك حصتي من هذه الدار إذا رضي شريكي ، ويقبل المشتري ، فهذا **عقد معلق على شرط** ، فهو على احتمال الوجود والعدم . مرتبط برضي الشريك الذي يمكن أن يرضي أو أن لا يرضي .

ب ـ أن يقيد حكم العقد وآثاره، فيكون المقصود تعديل آثار العقد الأصلية بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً، ومثال ذلك أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السيارة بكذا على شرط أن استعملها شهراً قبل التسليم ، أو بشرط أن أقوم بتصليحها كلما طرأ عليه خلل الى سنتين ويقبل المشتري ذلك، ويسمى الفقهاء ذلك «**العقد المقيد بالشرط**» او المقترن بالشرط.

حـ ـ أن تصدر العبارة مربوطة بأمر يقصد به تأخير مفعوله إلى زمن معين، ومثاله أن يقول المؤجر: أجرتك داري هذه سنة بكذا اعتباراً من أول الشهر القادم ، فيقبل المستأجر ، ويسمى هذا « **العقد المضاف** » .

فالعقد المنجز : هو ما كانت صيغته دالة على إنشائه من حين صدوره ، وخلا من التعليق والإضافة .

وحكمه : أن آثاره تترتب عليه في الحال، متى كان مستوفياً أركانه وشروطه

المعتبرة فيه ، فالبيع المنجز يثبت ملكية الثمن للبائع ، وينقل ملكية المبيع للمشتري .

وقد تكون صيغة التنجيز مطلقة ، وقد تكون مقيدة ، فالمطلقة كأن يقول البائع للمشتري : بعتك هذه الدار بكذا ، ويقبل المشتري – والمقيدة هي التي اقترنت بشرط مثل أن يقول المشتري للبائع : اشتريت منك هذه الدار بكذا على أن أدفع لك الثمن بعد شهرين ، ويقبل الآخر ، فهذا الشرط غير مانع من إفاده الصيغة إنشاء عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه ، غاية ما يفيد تأخر دفع الثمن إلى الوقت المحدد بين المتعاقدين ، وهذا لا يمنع أن يكون الثمن مملوكاً للبائع من حين العقد .

وتقبل العقود جميعها التنجيز ، بناء على أن الأصل في التعاقد ، أن يوجد العقد في الحال ، وتتحقق آثاره ، ولم يستثن من ذلك إلا عقدي الإيصاء والوصية ، وذلك لعدم قبولها التنجيز أصلاً ، من حيث إن معناهما لا يتلاءم مع التنجيز ، فإن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والإيصاء تفويض التصرف في مصالح الصغار إلى غيره بعد موته ، فكانت أحكامها غير مترتبة إلا بعد الوفاة .

فالعقد في حالة التقييد يكون المقيد فيه حكم العقد المنشأ ، والقيد هو الشرط التي التزم به العاقد .

والعقد المعلق : هو الذي ربط وعلق وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها ، مثل إن ، وإذا ، وكلما ، وما أشبه ، ومثاله أن يقول : إن نجحت في الامتحان فأنت وكيلي في بيع أرضي هذه .

والشرط في الأمر المعلق عليه أن يكون معدوماً ، على خطر الوجود ، أي معدوماً محتمل الوقوع ، أما إذا كان متحقق الوجود حين التعليق ، كان الكلام تنجيزاً في صورة تعليق ، كأن يقول : إن كنت حياً فقد بعتك هذا الشيء .

أما التعليق على المستحيل فإن العقد يكون باطلاً ، إذ معناه المبالغة في التعبير

عن عدم الإرادة ، مثل أن يقـــول شخص لآخر : إن عاش مدينك بعد موته فأنا كفيله .

فإذا وقع الأمر المعلق عليه ، وتحقق الشرط المعلق عليه ، تحقق العقد ، وترتب الأمر المعلق ، فمن قال لمدينه إن وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي ، اقتضى عدم براءة المدين عن الدين قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد ، لأن باشتراطه الدفـــع جعله مناطاً لتحقيق الإبراء عن بقية الدين الذي علق الإبراء عليه .

ويشترط لصحة التعليق :

١ ـ أن يكون الشيء المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود كما قدمنا .

٢ ـ أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة ، مثل أن يقول رجل لزوجته : أنت طالق إن كلمت فلاناً ـ دون فصل بين إن كلمت ، وأنت طالق ، أما لو فصل ولو بفترة قصيرة من الزمن من غير عـذر لم يصح التعليق . بل يكون الطلاق منجزاً ، بقوله أنت طالق ـ أما إن كان الفصل لضرورة فلا يؤثر ، بل يلتحق آخر الكلام بأوله ، ويكون التعليق صحيحاً .

٣ ـ ألا يكون التعليق على مشيئة غير معلومة ، كمشيئة الله تعالى ، فمن قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق بقوله ، لأنه ربط الطلاق بشيء مجهول لا يمكن معرفته .

فإن علق العقد على مشيئة العاقد ، فإن كان من العقود التي تتوقف على قبول ذلك العاقد ، كالهبة والبيع ، يكون هذا العقد في حكم المنجز ، فالذي يقول لآخر : وهبتك هذا الشيء إن شئت ، أو بعتك هذا الشيء إن رغبت ، يكون كأنه نجز الهبة والبيع حكماً ، لأن هذه العقود لا تتم ولا توجد إلا بقبولها ، وليس

القبول إلا الإظهار عن الرغبة ، وتلك هي المشيئة ، فصارت كأنهـا معلقة على مشيئة العاقد الآخر ، فلا يؤثر التصريح بهذا التعليق ، كما لا يخرجها عن التنجيز الحكمي .

فإن كان العقد مما لا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، كالطلاق والعتاق ، فيكون تعليقه على المشيئة من الطرف الآخر تعليقاً حقيقياً ، فمن قال لزوجته : أنت طالق إن شئت ، كان هذا تعليقاً لطلاقها على مشيئتها ، فتطلق إن رغبت فيه ، أما إذا لم ترغب فلا يقع الطلاق المعلق .

والعقد المضاف : هو ما دلت صيغته على إنشائه من حين صدورها ، على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين، مثاله أن يقول شخص لآخر: استأجرت منك هذه الدار بكذا من أول الشهر القادم ، ويقول الآخر: قبلت. فالإجارة قد أنشئت من وقت صدورهـا ، ولكن تأخر ترتب الحكم إلى مجيء أول الشهر ، فلا يملك المستأجر بناء على هذا الانتفاع بالدار ، ولا يملك المؤجر أن ينتفع بالأجر قبل ترتب الحكم .

وقد تكون الإضافة إلى الزمن المستقبل ملحوظاً ، فيكون التصرف مضافاً دون التصريح بالإضافة كما في الوصية ، فمثلاً إذا قال الموصي : أوصيت بثلث مالي لفلان ، أفاد ذلك معنى الإضافة إلى ما بعد الموت ، أما التبرع المنجز في الحياة فهو الهبة أو الصدقة .

وقد تصاغ الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن ، وتستعمل فيها بعض أدوات التعليق الشرطية . فتعتبر تعليقاً محضاً لا إضافة ، فمن قال لآخر : إذا جاء الشهر الفلاني فقد أجرتك داري سنة بكذا ، فعندئذ يأخذ هذا العقد أحكام التعليق لا أحكام الإضافة ،لأن أصل الانعقاد يكون معلقاً على مجيء الزمن المعين، ومربوطاً به ارتباط المشروط بشرطه وليس معقوداً للحال ، ومؤخراً إلى زمن مستقبل .

هذا والإضافة تشبه التعليق من وجه ، وتشبه التقييد من وجه آخر ، فهي تشبه التعليق من حيث إن حكم العقد المضاف مؤخر الظهور ، فلا يبدأ إلا في المستقبل المعين ، وتشبه التقييد من جهة أن الزمن المضاف إليه محقق القدوم ، وليس على خطر الوجود والعدم كما في التعليق ، لكن الشبه بالتقييد أقوى لأن الذي يؤخر في الإضافة ليس هو أصل العقد كما في التعليق ، إنما هو حكم العقد فقط .

ومن هنا اقتضت الإضافة في نظر الفقهاء انعقاد العقد في الحال سبباً للحكم المستقبل -- وعلى ذلك فالعقد المضاف عقد قائم بين الطرفين منذ إنشاء الإضافة ، كما في حال التقييد ، وليس العقد معدوماً للحال كما في التعليق -- لكن مع انعقاد العقد في الحال في الإضافة علة لحكمه ، لا يترتب عليه حكمه إلا عند حلول الوقت الذي أضيف إليه ، فمثلاً عقد الإجارة لا يبتدىء إلا عند ابتداء الشهر مثلاً .

وكذلك العقد المضاف يشبه العقد الموقوف من حيث إن كلا منهما يوجد ويتحقق بوجود الصيغة ، مع تخلف ظهور الحكم فيهما إلى زمن آخر ، غير أنهما يفترقان من الوجوه الآتية .

١ ـ أن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق فيه الحكم قبل مجيء الزمن المضاف ، أما العقد الموقوف فإن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق ، ويكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد العقد في العقود التي لا تقبل التعليق كالبيع ونحوه ، أما العقود التي تقبل التعليق كالطلاق والعتاق ونحوهما ، فإن الحكم يترتب فيها من وقت الإجازة دون أثر رجعي .

٢ ـ أن تراخي الحكم عن الصيغة في العقد المضاف إنما نشأ عن الصيغة نفسها ، إذ الإيجاب فيها مضاف إلى المستقبل ، أما تخلف الحكم في العقد الموقوف فليس مرجعه الصيغة لأنها منجزة ، إنما مرجعه عدم الإجازة ممن له ولاية العقد .

٣ – أن العقد الموقوف قد ينقلب باطلاً فلا يتصل به حكم ، بينما العقد المضاف يتصل به الحكم في الزمن الذي أضيف اليه الإيجاب ما دام صحيحاً نافذاً ، ومع هذا فيكون العقد المضاف موقوفاً ونافذاً، ويكون الموقوف مضافاً، وغير مضاف .

وأخيراً فهناك فروق بين الاضافة والتعليق من الوجوه الآتية .

١ – أن عبارة التعليق لا بد أن تشتمل على أداة من أدوات الشرط أو ما في معناها ، أما عبارة الإضافة فليست كذلك .

٢ – أن التعليق يكون على أمر من الأمور سواء كان فعلاً من أفعال المتعاقدين أو غيرهما ، أو من الأمور الكونية التي لا دخل فيها لأحد من الناس ، أو كان زمناً من الأزمنة ، أما الإضافة فإنها تكون إلى الزمن المستقبل خاصة .

٣ – أن التعليق – على مذهب الحنفية – يمنع انعقاد السبب ، فالعقد المعلق لا يوجد بمجرد الصيغة ، بل بوجود ما علق عليه ، أما الإضافة فالصيغة بمجرد التلفظ بها تنعقد سبباً ، ولكن لا يترتب عليها أثرها إلا بمجيء الزمن المضاف .

ويرى الشافعية أن العقد في التعليق والإضافة موجود، فلا فرق في ذلك ، غاية الأمر أن الإضافة تمنع ترتب الحكم في الحال إلى أن يجيء الوقت المضاف إليه ، والتعليق يمنع ترتب الحكم على العقد في الحال لحين تحقق الشرط المعلق عليه .

وبناء على هذا الخلاف ، أن من قال لامرأة أجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، فتزوجها ، لا تطلق عند الشافعية لأن العقد انعقد عند التكلم ، وفي ذلك الوقت لم تكن المرأة زوجة له ، فلم تتحقق محلية المرأة للطلاق – وقال الحنفية إنها تطلق ، لأن المرأة وقت وجود العقد كانت زوجة للمعلق ، فتحققت محليتها للطلاق .

تنبية : إذا وجد الشرط المعلق عليه، في حالة التعليق يثبت الحكم المعلق مقتصراً لا مستنداً ، على معنى أن الحكم يعتبر موجوداً عند وجود الشرط ، لا من وقت التعليق، لأنه لو اعتبر بعد تحقق الشرط مستنداً إلى تاريخ التعليق،

وكان له أثر رجعي للزم ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه ، وهو خلاف المعقــول .

فمثلاً لو قال شخص لآخر : متى تسلمت بضاعتي الفلانيــــة فقد وكلتك ببيعها ، فباعها المخاطب قبل تسلمها ، ثم تسلمها من صاحبها ، فإنه لا ينفذ عليه البيــع لأن وكالة هذا الشخص انما تثبت منذ تسلم البضاعة ، فقبل التسلم يكون فضولياً في بيعه .

ما يقبل الاضافة من العقود وما لا يقبل :

تنقسم العقود باعتبار قبولها الاضافة وعدمه ، إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ عقود لا تقبل الاضافة « وهي العقود التي تفيد تمليك الأعيان في الحال مثل البيـع ، والهبة ، والإبراء من الدين ، والزواج ، والشركة ، ذلك لأن الأصل في هذه العقود أن يتصل الحكم بصيغتها ، وهي عقود يمكن نفاذها في الحال .

٢ ـ عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها ، مثل عقد الوصية ، فإنه لا يظهر حكمها إلا بعد وفاة الموصي .

٣ ـ عقود تصح أن تضاف إلى المستقبل ، وتصح أن تكون منجزة ، حسب صيغة المتعاقد ورغبته ، ومثال ذلك : الإجارة ونحوها من عقود تمليك المنافع المالية ، لأن التمليك فيها لا يكون دفعة واحدة ، وإنما الزمن عنصر أساسي فيها ، فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة ، لأن التمليك فيها يستحيل أن يكون جميعه في الحال ـ ومن تلك العقود الكفالة والحوالة ، وهما وإن كانا من عقــود الالتزام إلا أن طبيعتها لا تفيد أثرهما في الحال ، فقد لا يدفع الكفيل بالوفاء الدين ، ولا يقوم بما هو ملتزم به ، وقد يدفع الكفيل بعد مدة ، فيصح أن تقول لآخر إذا لم يدفع لك فلان ما عليه إلى أول الشهر فأنا به كفيل .

ومن هذا القسم الأخير عقود الإطلاقات – عدا الإيصاء – كالوكالة والقضاء، وكذا عقود الإسقاطات كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه .

أما العقود بالنسبة للتعليق : فقد قسمها الحنفية إلى :

١ – عقود لا يصح تعليقها على مطلق شرط ، بل على الشرط الذي يتناسب مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً ، بأن كان أساساً لوجود العقد نفسه ، أو كان سبباً لثبوت الحق ، وذلك في عقود الالتزامات التي يكون متبرعاً بهـا ، غير ملزم عند إنشائها ، مثل الكفالة ، والحوالة ، والإذن للصبي بالتجارة ، فيصح أن يقول : إن أقرضت فلاناً كذا فأنا كفيل ، ويصح أن يقول البائع للمشتري: إن استحقّ أحدٌ المبيع فأنا كفيل بالثمن ، كما يصح أن يقول الوصي للصبي المميز : إن أظهرت حسن تصرف وخبرة في الأعمال فقد أذنت لك في التجارة، ويصح أيضاً أن يقول شخص لآخر : إن لم يدفع المدين لك ما عليه من دين فأنا قابل للحوالة عليّ به .

٢ – عقود يصح تعليقها على أي شرط ، سواء أكان ملائماً أو غير ملائم ، لانتفاء الضرر ، أو لأنها غير ملزمة ، أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك مثل النذر ، كأن يقول الناذر مثلا : لله علي نذر إن شفيت من مرضي لأتصدقن بكذا على فقراء البيت الحرام ، وكالوكالة : مثل إن سافرت فأنت وكيل عني ، وكالوصية مثل إن مِتُّ فلك ثلث مالي وصية ، وكالإيصاء مثل إن مت فأنت وصي على أولادي .

ويجوز تعليق الإسقاطات مطلقاً ، فيصح تعليق الشفعة على أي شرط كأن يقول إن كان ثمن المبيع خمسمائة فقد أسلمت في الشفعة ، أو يقول : إن اشتريت داراً أخرى فقد أسقطت حقي في الشفعة .

٣ – عقود لا تقبل التعليق بطبيعتها ، وإذا علقت فسد العقد ، وهي عقود التمليك مطلقاً ، وما أشبه التمليك من الإسقاطات كالوقف ، وعقود التقييدات

كالرجعة وعزل الوكيل ، والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة ، وعلى هـذا لا يصح : قول شخص لآخر : بعتك داري هذه إن باعك فلان داره ، أو قول من يقول : أجرتك داري إن سافرت إلى الخارج ، أو يقول : تزوجتك إن قبل أبي أو أخي ، كما لا تصح رجعة من قال لمطلقته . إن تزوج أخي فقـد رجعتك إلى عصمتي ، أو أن يقـول لوكيلـه : إذا حضر فلان فأنت معزول عن وكالتي . وظاهر أنه لا يصح التعليق مع كل العقود السابقة .

وقد علل الحنفية عدم صحة تعليق عقود التمليكات ، بأن الأصل في العقود أن يترتب عليها أثرها عليها في الحال ، فإذا علقت منع التعليق من ترتب الأثر ، كما أن في التعليق معنى القمار ، إذ يجعل العقد محتملاً للوجود والعدم ، ويحدث خلخلة في الرضا الذي هو الأساس الذي تعتمد عليه العقود ، وقد أعوز الحنفية نصاً لمذهبهم ، ولذا نجد المالكية أجازوا تعليق عقود التبرعات .

أما القانون فقد تناول هذا عند كلامه على الشرط في المواد ٢٦٥ إلى ٢٧٠ مدني وقد قدمنا أن الفقه الاسلامي لا يعتبر شرطاً إلا الواقعة غـير محققة الوقوع . أما القانون فقـد اشترط في الشرط : ألا يكون أمراً محقق الوقوع ، كتعليق الالتزام على وفاة شخص معين قبل تاريخ معين ، أو قبل موت شخص آخر ، كما اشترط ألا يكون الأمر مستحيل الوقوع [١] ، فـإن الاستحالة تتنافى مع الاحتمال ، فإذا علـق الالتزام على شرط مستحيل كان الشرط باطلاً . وأيضاً وأيضاً أوجب القانون الا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين .

كما لا يجوز قانوناً أن يكون الشرط مخالفاً للنظام كأن يشترط ألا يحترف

---

(١) الاستحالة قد تكون قانونية أي ترجع إلى حكم القانون ، وقد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الاشياء ، ومثال الاستحالة القانونية تعليق التزام زواج بأحد المحارم ، فزواج المحارم مستحيل قانونياً ، ومثال الاستحالة المادة تعليق الالتزام على اكتشاف دواء يديم الحياة ،

المشترط عليه مهنـــة معينة ليست وضيعة ولا مزرية بالكرامـــة ، أو أن تشترط الزوجة غـــير المسلمة على زوجها المسلم أن يكون أولادها منـــه على دينها هي ، وإلا كان لها حق الطلاق ، كما لا يجوز أن يكون الشرط مخالفاً للآداب كمن يشترط أجراً لامتناعه عن جرم ، أو لقيامه بالواجب أو كمن يلتزم بهبة لامرأة إذا عاشرته معاشرة غير مشروعة .

المبحث الخامس

تقسيم العقد الصحيح إلى نافذ وموقوف

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى نافذ وموقوف

فالعقد النافذ : هو الذي يصدر من الشخص الذي له ولاية إصداره ، سواء أكانت هذه الولاية أصلية أو نيابية ، مثـاله إذا باع الشخص المتمتع برشده ، أو أجرأو تزوج ، وكعقد الوصي للقاصر .

وهذا العقد حكمه أن يترتب عليه آثاره ، دون توقف على أن يجيزه أحد فيثبت به الملك للمشتري والبائع ، ملك الثمن للثاني ، وملـك المبيع للأول ، ويثبت حق التمتع لكل من الزوجين في الزواج :

والعقد الموقوف : هو الذي يصدر من الشخص الذي ليس ولاية الإصدار لكنه يتمتع بأهلية التعاقـد ، كمباشرة الفضولي عقد بيع أو زواج ، أو عقود المعاوضات التي تصدر من الصبيان المميزين والسفهاء والمعاتيه المميزين .

وهذا العقد حكمه : أن آثاره لا تترتب عليه ، إلا إذا أجازه من له حق الإجازة ، وهو الذي يملك حق الإصدار ، ولا بد أن تكون الإجازة صحيحة ، فإذا لم توجد بطل العقد ، هذا عند الحنفية والمالكية.

وأكثر الفقهاء غـير الحنفية قالوا إن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً ،

فليس عندهم عقد صحيح موقوف ، وذلك راجع إلى أنهم اشترطوا لانعقاد العقد كون العاقد له ولاية إنشاء العقد وإصداره ، وقد أسلفنا بيان ذلك في الفضولي .

موانع النفاذ :

هي كثيرة نورد بعضاً منها:

١ – عقد الصغير المميز إذا تصرف في أمواله تصرفاً يحتمل الضرر والنفع كالبيع والإجارة والقسمة والصلح ، لأن حق التصرف في ماله ليس له بل لوليه كما قدمنا .

٢ – عقد السفيه المحجور عليه « وهو من يبذر أمواله ويصرفها في طرق صحيحة » لأن بالحجر عليه صار كالقاصر والصغير المميز ، هذا إذا كان العقد مما يحتمل الضرر والنفع .

٣ – عقد الرجل المرتد عن الإسلام ، في حال ردته ، عقد معاوضة مالية كالبيع أو تبرع كالهبة والوصية ، فإنه موقوف على نهاية أمره ، فإذا عاد إلى الاسلام نفذ، وإن مات أو قتل أو التحق بدار الحرب ، وقضى القاضي باعتباره ملتحقاً بها بطلت عقوده وتصرفاته .

٤ – تصرف المريض مرض الموت إذا تبرع بأي طريق كان ، أو باع بمحاباة في الثمن بما يزيد عن ثلث تركته ، فإن تبرعه في هذا الزائد لا ينفذ ، ويكون موقوفاً على إجازة ورثته ، هذا إذا تبرع لغير الوارث ، ولم يكن عليه دين مستغرق لتركته .



المبحث السادس

العقد اللازم وغير اللازم

ينقسم العقد النافذ إلى عقد لازم، وعقد غير لازم :

فأما العقد اللازم : فهو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً، أو يقبله ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك .

والعقد اللازم نوعان :

ا ـ نوع لا يقبل الفسخ أبداً حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك، وهذا لكون طبيعة العقد تقتضي اللزوم، ومثاله الطلاق على مال والخلع، فإنهما نظير مال قامت المرأة بدفعه، فلا يملك أحد المتعاقدين فسخ هذا العقد .

ب ـ ونوع آخر يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك كالبيع والإجارة والحوالة والصلح، فمن لا يقول بخيار المجلس يجعل العقد لازماً بمجرد تمام العقد، ومن قال به يكون البيع وما في معناه غير لازم إلا بانتهاء مجلس العقد، أما في المجلس فلكل من الطرفين حق فسخ العقد .

والعقد غير اللازم : هو كل عقد يستطيع أحد طرفيه أن يفسخه بدون توقف على رضى الآخر، كالشركة والوكالة والوصية والعارية والوديعة .

واللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد . وقد يكون بالنسبة للطرفين .

فمثال الأول: عقد الرهن فإنه بعد تمامه يكون لازماً في حق الراهن « وهو المدين »، وعلى ذلك ليس له أن يفسخ عقد الرهن إلا برضا المرتهن، ومع هذا

فالعقد غير لازم بالنسبة للمرتهن ، فله حق الاستقلال بفسخـه ، ومن ذلك أيضاً عقد الكفالة فإنها غير لازمة بالنسبة للمكفول له ، ولازمة بالنسبة للكفيل .

ومثال الثاني : الوكالة التي بغير أجر لأنها إذا كانت بأجر تكون إجـارة ، وهي من العقود اللازمة ـ وكذا الشركة فكل من الشريكين له أن يفسخ العقد متى شاء رضي الشريك الآخر أو لم يرض ، وإن كان لا يثبت الفسخ إلا من تاريـخ علم الشريك الآخر ، وكذلك الوصية فإنها غير لازمة في حياة الموصي ، وله حق الرجـوع عنها متى شاء ، كما أن للموصى له أن لا يقبلها فيردها ويبطلها بعد موت الموصي .

المبحث السابع

العقود المسماة وغير المسماة

العقود المسماة : هي ما كان لها اسم خاص بها ، كالبيع ، والرهن ، والإجارة ، والزواج ، والهبة ، والخلع ، والوصية إلى غير ذلك .

والعقود غير المسماة : هي العقود التي تجدُّ ، وتنشأ تبعاً للحاجة ، ولم تكن موجودة ومستقرة من قبل ، والتي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعهـا ، ولم يرتّب التشريـع لها أحكاماً تخصها ، وهذه العقود كثيرة لا تنحصر ، وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وأطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة ، وقرروا لها أحكاماً ، فأصبحت بهذا عقوداً مسماة ، كبيع الوفاء ، وكعقد «الإجارتين[1]» والتحكير[2] في الأموال الموقوفة ، وكبيع الاستجرار ،

---

١ ـ عقد الإجارتين هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل .

٢ ـ عقد التحكير هو الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقـارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم ، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين ، ويرتب عليه أيضاً أجر سنوي ضئيل .

الذي يعتبر فرعاً من البيع وهو ما يسمى اليوم باسم « الحساب الجاري » .

وقد تبقى بعض العقود زمناً بلا أسماء إلى أن يصطلح عليها اسم خاص بها ، فمن ذلك في هذا العصر عقد النشر والإعلان في الجرائد، وكذا عقد «المضايفة» وهي النزول في الفنادق بالطعام والشراب، فإنه مركب من عقدين، فهو إجارة بالنسبة للمكان والخدمة ، وهو بيع بالنسبة إلى الطعام والشراب ، فهذا العقد لما يوضع له اسم خاص ، رغم شيوعه ، وشدة الحاجة إليه .

والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة ، يمتنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى ، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود ، أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعـــد والشرائط العامة في التعاقد ، والمبدأ العام في ذلك هو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

بيد أن هذا النوع من العقود أي العقود غير المسماة قـد اختلف الفقهاء في اعتباره وعدم اعتباره تبعاً لاختلافهم في مدى حرية العاقـــد في إنشاء العقود والشروط ، وهل الأصل فيها الحظر والمنع ، وأنه لا يباح منها إلا ما ورد نص بإباحته ؛ وكان عقداً مسمى معروفاً ، هذا رأي الظاهرية .

أو ما ذهب إليه بعض الحنابلة ومن بينهم ابن تيمية ، وابن القيم أن الأصل في العقود الإباحة ، فلا يحظر منها إلا ما ورد النهي عنه بنفسه ، وتوسط الحنفية والشافعية بين الرأيين وإن كانا أقرب إلى الظاهرية .

ولكل رأي من هذه الآراء أدلته .

فاستدل الظاهرية بما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » قالوا الحديث يفيد أن كل عمل لم يأذن به الشرع يكون مردوداً أي باطلا لا يعتدُّ به ، ولا أثر له ، وهو

عام فتدخل في العموم العقود فلا يصح منها إلا ما جـاء النص أو الإجماع بإباحته بعينه .

واستدل الحنابلة وابن تيمية : على أن للإنسان أن يستحدث أي عقد تدعو إليه الحاجة ما لم يرد بخصوصه نص بعينه ، أو يخالف قواعد الشريعة العامة القطعية ، فإذا لم يخالف قواعد الشريعة كان جائزاً وملزماً يجب الوفاء بـه ، وإن لم يرد بخصوصه دليل معين[1] بالأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الثالث الآتي .

أما المذهب الثالث الذي يطلق للإنسان حرية إنشاء العقود في نطاق الأدلة الشرعية المعروفة « القياس والعرف والمصالـح المرسلة وغيرها من الأدلة التي يستند إليها بعد النص والإجماع » فيستدل بما يأتي :

١ – بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وجـه الدلالة أن الألف واللام في العقود للاستغراق ، فيكون المعنى على ذلك : أوفوا بجميـع العقود سواء في ذلك العقد الذي ورد الشرع به معيناً ، والذي لم يرد عنه ما دام لا يخالف القواعد الشرعية العامة .

٢ – بقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحـل حراماً أو حرم حلالاً » فقد دل الحديث على أنه يجب الوفاء بما تراضى عليـه العاقدان من شروط ما دامت لا تحرم الحـلال ، ولا تحل الحرام ، ومعناه إذا لم تخالف الشروط حكم الله ، وما شرعه لعباده ، وإن لم يرد دليل معين باعتبارها ، وفي هذا ما يدل على إباحة هـذه الشروط إذا اشتملت عليها العقود ، فتكون العقود كذلك .

---

١ – إذا خالف العقد قواعد الشريعة عندهم كان باطلا لا يعتد به شرعاً ، كعقـد التأمين الذي استحدثه الناس ، فإنه باطل لمخالفتـه القواعد العامة ، ولما فيـه من المخاطرة التي من أجلها حرم الميسر ، فضلا عما فيـه من الربا لاحتساب الفائـدة على رأس المال عند صرفه في نهاية المـدة .

٣ – أن العقود تعتمد على التراضي من المتعاقدين ، فإذا تحقق التراضي فيما استحدثه الناس من العقود ، ولم تكن تلك العقود مخالفة للقواعد العامة شرعاً ، تكون تلك العقود جائزة شرعاً وإن لم يرد دليل خاص من الشرع باسمها .

٤ – من المقرر أن الشريعة الإسلامية وردت بالأحكام لتحقيق مصالح العباد وإيصال الخير لهم ، كما قامت على رفع الحرج ، وجاءت بالتيسير على الناس ، وهذا يقتضي أن يكون للناس إحداث ما شاءوا من العقود ، وما يحقق المصلحة ما دامت لا تخالف الأصول المقررة شرعاً .

٥ – قد قالوا في حديث « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » إننا لا نسلم تفسير الظاهرية لهذا الحديث ، لأن الأدلة لم تنحصر في النصوص والإجماع ، بل من بينها القياس والعرف والمصلحة ، والإباحة الأصلية ، وكذا قالوا في حديث « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » إن معناه أن الشرط لا يعول عليه ، ويكون باطلاً إذا خالف ما فرضه الله على الناس وكتبه عليهم في شريعته ، وليس معناه أن كل ما يشترط في العقود يكون باطلاً إذا كان غير وارد في كتاب الله .

وإن المتأمل في الأدلة السابقة ليترجح لديه رأي جمهور الفقهاء وهو الرأي الثالث ، فهو رأي تتضح فيه سماحة الفقه الإسلامي،ويرد على أعداء الفقه الذين يتهمونه بالجمود وعدم التطور ، ويلقم هؤلاء المفترين حجراً .

ومن عجب يفتري هؤلاء على الفقه الإسلامي أنه وقف في سبيل التقدم ، وينسبون إليه أنه جامد غير متطور ، إنه في الحق حظر أنواعاً من العقود لا لكونه يعادي الجديد بل لأن تلك العقود تخالف قواعده الكلية ، ومبادءه الخاصة به ، وما كان الفقه الإسلامي بدعا في ذلك ، بل شأنه في ذلك شأن كل القوانين الوضعية التي لا تقر كل ما يستحدثه الناس باطلاق ، بل تقيد معاملاتها بعدم مخالفتها للقانون أو النظام العام .

الفصل الخامس

عيوب العقد

١ – الاكراه

٢ – الغلط

٣ – الغبن

٤ – التغرير

مقدمـــة

نعني بعيوب العقد : الأمور التي يكون لها في العقد بعض التأثير ، والتي تكون ملابسة لإنشاء العقد ، ويطلق عليها شوائب الإرادة ، أو عيوب الرضى وتلك الأمور لا يحكم معها بانتفاء إرادة العقد ، كما لا يحكم معها بسلامة هـــذه الإرادة من كل شائبة ، بل توجد آفة تصيب العاقد في إرادته، فلا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملا ملزماً .

والشوائب التي تلحق العقد قد ترافق وجود الإرادة ، وتؤثر في تكوينها منذ البداية ، وقد تكون عن سبب طارىء غير ملحوظ عنـد التعاقد ، فتؤثر في الإرادة وتلحق بها عيباً ، فالأولى كما في حالة الإكراه على التعاقد ، والثانيـة

كما إذا أتلف بعض المبيع قبل التسليم ، فيختل رضى المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن .

المبحث الأول

الإكراه

قبل أن نتكلم عن الإكراه وأثره على العقد نوضح كلمات ثلاث هى :الإرادة والاختيار ، والرضى . وإن كنا قدمنا جانباً عنها في الإرادة الظاهرة والباطنة [1] .

فالإرادة : مجرد اعتزام الفعل ، والاتجاه إليه .
والاختيار : التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه .
والرضى : الرغبة في الفعل ، والارتياح إليه .

فكل فعل يصدر من الانسان لا يصدر إلا عن ارادة واختيار ، فالشخص يعتبر مريداً للفعل متى اتجه إليه واعتزمه ، وكذلك يعتبر الشخص مختاراً في الفعل ما دام متمكناً أن يمتنع عنه ، ولو أنه سيلحقه من جراء هذا الامتناع ضرر كبير ، ذلك لأن الشخص لم يقدم على الفعل إلا وقد رجحه على الامتناع، اجتنابا للضرر ، وقد كان في إمكانه أن يمتنع ، ويتلقى الضرر .

والاختيار نوعان : صحيح إذا كان الفعل منبعثاً عن إرادة حرة — وفاسد إذا كان ترجيحاً لأهون الشرين ، وفي الحالة الأخيرة يكون الاختيار موجوداً ، والرضى مفقوداً [2] .

---

١ — راجع صفحة ٣٩٠ من هذا الكتاب ومابعدها .

٢ — يقول صاحب التوضيح : « وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، فإن استقل الفاعل في قصده فاختيار صحيح ، والا ففاسد . راجع حـ ٢ ص ١٩٦ من شرح التوضيح .

لهذا كانت الإرادة أعم من الاختيار ، لأن المريد يكون متمكناً من خلاف ما يريد أو غير متمكن ، على معنى أنه قد يكون مختاراً وقد يكون مجبراً .

أما الرضى فمرتبته أخص من الاختيار ، لأن الانسان قد يأتي بفعله مختاراً ، على معنى أنه يكون متمكناً من عدمه ، ولكنه غير راض به ، أي غير مرتاح إليه ولا راغب فيه ، مثل الذي يقاتل دفاعاً عن نفسه لا رغبة في القتال .

وقد عرف الفقهاء الإكراه بأنه : إجبار الشخص على أن يأتي أمراً قولاً كان أو فعلاً من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعاً [1] » .

هذا ولا يعتبر الشخص مكرهاً إلا إذا كان من يكرهه قادراً على تنفيذ ما هدد به — وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المكرِه جادٌ فيما يهدد به ، وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يذعن لإرادته ، وينفذ ما أمره به مما لا يرغب في فعله ، ولا يجب عليه عمله [2] .

نوعا الاكراه : يقسم الفقهاء الاكراه بالنظر إلى شدته ، ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرهبة المستعملة فيه إلى نوعين :

إكراه ملجىء : وهو ما كان بالتهديد بالقتل ، أو ببتر أحد الأعضاء ، أو بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو ويسمى بالإكراه التام .

وإكراه غير ملجىء : وهو ما كان بالتهديد بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يفضي إلى التلف ، ويسمى إكراهاً ناقصاً — وقد يسمى الأول بالإكراه القوي ، والثاني بالإكراه الضعيف — .

---

١ — عرف صاحب كشف الاسرار جـ٤ ص ١٥٠٢ الاكراه بأنه « حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ، ويصير الغير خائفاً به ، فائت الرضا بالمباشرة » .

٢ — يري الامام ابو حنيفة أن الذي له القدرة على الإلزام والاكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان لا غير ، لأنه هو وحده الذي يملك تنفيذ ما توعد وهدد من غير أن يمنعه أحد . ويرى الصاحبان أن الاكراه يتحقق من السلطان وغيره .

والإكراه الأول معدم للرضا ، ويفسد معه الاختيار ، أما الثاني فهو معدم للرضا ، ولكن لا يفسد الاختيار، لأن المكرَه يستطيع تحمل الأذى المهدد به، وإن كانت طبائع الناس تختلف في ذلك،فما يرهب المريض أو المرأة ربما لا يرهب السليم أو الرجل .

ويقسم الأصوليون الإكراه إلى ثلاثة أقسام :

ا – نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجىء ، مثل التهديد بما يخاف به على نفسه ، أو عضو منه ، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس .

ب – نوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار مثل الإكراه بالتقييد أو الحبس مدة مديدة،أو بالضرب الذي لا يخاف به التلف على نفسه، وإنما لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكرهه عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به .

حـ – نوع لا يعدم الرضا ولا يفسد به الاختيار ضرورة كأن يهدده بحبس أبيه أو ولده أو زوجته أو أمه أو أخته أو أخيه وكل ذي رحم محرم منه ، غير أنه من الملاحظ أن هذا النوع لا تترتب عليه أحكام الإكراه، ولذا لم يذكره بعض الأصوليين والفقهاء .

العقود مع الاكراه :

يرى البعض أن الإكراه يؤثر بنوعيه الملجىء وغير الملجىء في التصرفات القولية فيسلبها قوتها الملزمة أو نفاذها ، سواء أكانت عقوداً ، أو تصرفات إرادة منفردة كالإقرار والابراء ، وإسقاط حق الشفعة ، ذلك لأنه يشترط لصحتها ولنفاذها الرضى بالمعنى الذي قدمنا ، فمن فعل شيئاً منها مستكرها ، ولو بإكراه غير ملجىء كان بعد زوال الإكراه مخيراً بين الإمضاء والإلغاء .

لكن يشترط في الاكراه ليكون مؤثراً في العقد ألا يكون الإكراه مشروعاً، وذلك عندما يكون مجرد عدوان على الإرادة بلا حق – أما إذا كان الإكراه

بحق كإكراه القاضي المدين على بيع ماله الزائد عن حاجته، لأجل وفاء الدين، فلا تأثير للإكراه .

فلهذا كان الإكراه على إجراء عقد من العقود ، لا يمنع انعقاد ذلك العقد ، لأن الضرر فيه إنما هو ضرر خاص مقصود على العاقد، فيكفي لحماية من يعقد عقداً مع الإكراه أن يمنح الخيار ، إذ قد يرى بعد زوال الإكراه أن ما استكره عليه لا يتنافى مع مصلحته ، بل ربما يكون في الواقع راغباً ضمناً في إجراء ذلك العقد .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد ويجعله باطلا — ويرى أبو حنيفة أن الإكراه يفسد العقد فقط ، ولا يبطله وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقد .

ويذهب زفر من الحنفية إلى أن العقد غير نافذ مع الإكراه، موقوفاً على إجازة المستكرة بعد زوال الإكراه ، إن أجازه جاز ، وأن أبطله بطل [1] .

وقد استثني الحنفية من التصرفات القولية ، ما لا يؤثر فيه الهزل ؛ وهو النكاح والطلاق والعتاق ، فقالوا تنفذ في حالة الإكراه كما في حالة الرضى عندهم

وفرق جمهور الفقهاء غير الحنفية بين الهزل والإكراه في التصرفات الثلاثة التي لا يؤثر فيها الهزل ، فقالوا إن الإكراه يؤثر فيها ، ويمنع صحتها أو لزومها، بخلاف الهزل ، لأن الهازل مختار في مباشرة السبب لكنه لا يريد ثبوت حكمه فيمكن إثبات الحكم رغماً عنه إذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك . أما المتصرف بالإكراه فغير مختار ، فلا يسوغ إلزامه ، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذة الإنسان بما استكره .

---

١ — مذهب المالكية ان العقد مع الإكراه منعقد صحيح لكنه غير ملزم ، فللمستكره الخيار في ابطاله . أما الشافعية فقالوا إن العقود وسائر التصرفات القولية تعتبر مع الإكراه باطلة من أصلها راجع حاشية الحطاب حـ٤ ص ٢٤٨ .

أما التصرفات الفعلية . فرأى الحنفية أنهـا إن كان فيها عدوان على الغير . فيؤثر الإكراه الملجيء فيها إن كانت مما يباح عند الضرورة ، كغصب مال الغير وإتلافه ،ويكون الحامل« المكرِه » هو المسئول دون الفاعل، فإن كان الإكراه غير ملجيء فلا يؤثر فيها لأنه ليس مفسداً لاختيار الفاعل .

فإن كانت مما لا يباح عند الضرورة، كقتل الغير فلا يبيحه الإكراه مطلقاً ، حتى لو أكره عليه بالقتل ، لكن إذا أطاع من أكرهه ،فقتل من طلب منه قتله، فإن العقوبة الخاصة « وهي القصاص » تكون على الحامل لا على الفاعل .

وقد تناول القانون المدني الإكراه في المادتين « ١٢٧ ، ١٢٨ »[١] ـــ وعرف الدكتور السنهوري الإكراه بأنه : ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الهيبة التي تقع في نفس المتعاقد، ويرى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضا فإنه لا يعدمه لأن إرادة المكرَه موجودة . إذ اختار أهون الضررين، وإنما يعدم الإكراه الرضا إذا انتزع الرضا منه عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه ، وأجرى القلم في يده بالتوقيع على الالتزام ، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً لانعدام الرضا[٢] .

١ ـ قررت محكمة النقض في ٨/ ٢/ ١٩٥١ أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس أو المال ، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً انظر شرح القانون المدني للدكتور محمد كامل مرسي (العقود المسماة) حـ٦ ص٩٥ .

٢ ـ راجع الوسيط ص ٣٣٤ .



المبحث الثاني

الغلـــط

يراد به ههنا : أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو وصف غير حقيقته التي هو بها .

وقد يكون الغلط في جنس المعقود عليه ، أو في وصفـــه دون خديعة أو تغرير من أحد ، فمثال الأول : أن يشتري شخص خاتماً معروضاً معتقداً أنه من الذهب ثم يتبين أنه من النحاس . أو أن يشتري فص خاتم على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، أو يشتري كيساً من الارز فاذا هو قمح .

وحكم العقد مع الغلط في الجنس أنه لا ينعقد أصلا عند الحنفية ، ويكون باطلا ، لأن اختلاف الجنس يجعل المعقود عليه معدومـا ، ووجود المعقود عليه أحد مقومات العقد ، والعقود جميعها في ذلك سواء .

أما الغلط في الوصف الذي يتصف به محل العقد فمثاله أن يشتري بقرة من السوق حاضرة أمامه على أنها حلوب ، فإذا هي خالية من اللبن ، أو أن يبيع شخص نسيجاً معيناً على أنه مـــن الصوف الانكليزي ، ثم يتبين أنه مـــن الصوف الإيطالي .

وحكم هذا يختلف بين ما إذا كان المعقود عليه معينا بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد ، أو كان حاضراً فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعاينـة ، كما لو باع نسيجاً على أنه أحمر وكان المشتري أعمـى ، ثم تبين أن المبيع على خـلاف الوصف ، وبين ما إذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد مكشوفاً مشاراً اليه وتحت مشاهدة العاقد ، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة ، كما إذا قال له بعتك هذه السيارة الخضراء وهي في الواقع سوداء ، فقبل المشتري .

فالحكم في الحالة الأولى : أن المشتري يكون مخيراً في إبطال العقد ، لفوات وصف مشروط في محل العقد ، فلا يعتبر رضاه سليما بفواته ، وهذا يسمى «خيار الوصف[1] » .

والحكم في الحالة الثانية : أن العقد ينعقد لازماً للمشتري ، دون خيار له في إبطاله ، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة ، واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال ، لأن الإشارة في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها ، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً ، وهو الوصف الكلامي ، فالعبرة بالإشارة .

هذا وقد يكون الغلط ظاهريا كما قدمنا ، وقد يكون خفياً باطنياً ، وهذا فيما إذا لم يكشف العاقد عن مراده ، ولم يكن مكشوفاً من الدلائل والقرائن . كمن باع ثوباً دون أن يذكر نوعه ، وهو يظنه من قطن أو كتان، فتبين أنه من الخز ،فحكم هذا أنه لا خيار للمشتري ، لأن العبرة للارادة الظاهرة من الإيجاب والقبول ما دامت الإرادة الحقيقية مخفية ، فكونه غلطاً خفياً في إرادة خفيه لا يعتد به .

وقد عرض القانون المدني للغلط في المواد من ١٢٠ إلى المادة ١٢٤ — وقد عرفه الدكتور السنهوري في الوسيط (مصادر الالتزام) ص ٢٣٩ بأنه : حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع واقعاً — أو هو وهم أي اعتقاد خاطىء يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد[2] .

وقد قرر القانون المصري في « المادة ١٢٤ م » أنه ، ١ — ليس لمن وقع في

---

١ ـ الفسخ بسبب فوات الوصف لا يكون الا في العقود التي تقبل بطبيعتها الفسخ كالبيع والاجارة ، أما العقود التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها كالزواج ، فلا تتأثر بفوات الوصف ، فمن تزوج امرأة على أنها بكر شابة وجميلة فوجدها غير ذلك فلا خيار له .

٢ ـ راجع النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٢٦٨ .

غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية ، ٢ – ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . ونصت المادة ١٢١ م علي حـــالة الغلط في صفة جوهرية في الشيء ، وحـــالة الغلط في الشخص » وقد ذكرت هذين المثالين على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

المبحث الثالث

الغـــبن

الغبن في اللغة النقص ، وعند الفقهاء : أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر .

أقسامه : يقسم الفقهاء الغبن إلى نوعين : فإذا كان الفرق بين العوضين مما يدخل تحت تقويم المقومين وتقديرهم ، فهو غبن يسير ، وإذا كان لا يدخل في تقويم المقومين فهو غبن فاحش ، ومعنى هذا أن من يشتري شيئاً قيمته مائةبمائة وخمسة مثلاً كان ذلك غبناً يسيراً ، وإن اشتراه بمائة وعشرين كان غبناً فاحشاً، ومن اشترى داراً بألف مثلا ، وقدرها بعض الخبراء في ذلك بتسعمائة ،وقدرها بعضهم بتسعمائة وخمسين، وقدرها بعضهم بألف كان الغبن يسيراً ، أما لو قدرها الجميع بأقل من ألف كان ذلك غبن فاحش بالنسبة للمشتري ، وإن قدروها بأكثر من ألف كان ذلك غبن فاحش بالنسبة للبائع .

أثر الغبن في العقود :

لا أثر للغبن اليسير في العقود ، باتفاق الفقهاء ، لأنه يقع كثيراً في المعاملات ويتسامح الناس فيه ، والعاقد مهما حاول الاحتراز عنه فلا يستطيع أن يتفاداه في جميع عقوده ، هذا حكم عام في كل عقد ، وهناك بعض صور قليلة يُرَدُّ فيها

العقد المشتمل على الغبن اليسير لوجود التهمة فيه من ذلك :

أ ـ إذا باع الوصي شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له كابنه وزوجته ، فإن الغبن لا يغتفر وينقض العقد .

ب ـ إذا تصرف المدين المحجوز عليه بسبب الدين ، فباع شيئاً من ماله أو اشترى بغبن يسير ، فإن للدائن الحق في فسخ العقد إلا إذا رضي المتعاقد الآخر برفع الثمن .

حـ ـ إذا تصرف المريض مرض الموت ، فباع أو اشترى بغبن يسير ، فإن هذا البيع أو الشراء يكون للورثة بعده حق المطالبة بفسخه بعد موت المورث ، محافظة على حقهم المقرر لهم في مال المريض ، إلا إذا رضي العاقد الآخر برفع الغبن .

أما الغبن الفاحش :

ففي العقود المتعلقة بمال الوقف أو المحجور عليهم بسبب الصغر أو الجنون أو السفه أو بيت المال « الأموال المملوكة للدولة » يؤثر الغبن الفاحش فيها فينقض ما بيع منها سواء كان نتيجه تغرير أم لا ، لأن التصرف في هذه الأموال منوط بالمصلحة ، ومع الغبن الفاحش لا تكون فيه مصلحة ، فيقع البيع غير صحيح .

وفي العقود المتعلقة بغير الأموال السابق ذكرها . للفقهاء خلاف في تأثير الغبن الفاحش فيها ـ فبعضهم يرى أن الغبن إن كان نتيجة تغرير من العاقد الآخر أو من يعمل لحسابه كالدلال والسمسار يكون له أثر في لزوم العقد بالنسبة لمن وقع الغبن في جانبه ، فيحق له أن يفسخ العقد ، وإن لم يكن نتيجة تغرير من أحد لم يكن له أثر في لزوم العقد معه ، فيكون لازماً مع الغبن ، ولا حق للمغبون في الفسخ ، لأن العقد إذا خلا من أساليب الخداع والتغرير والاحتيال ،

يكون الغبن الحاصل فيـــه نتيجة تقصير المغبون وعدم ترويه ، وسؤاله أهل الخبرة ، فتقع التبعة عليه . أما إذا كان الغبن ناتجاً عـن تضليل وخداع يكون المغبون معذوراً .

ومن الفقهاء من يرى أنه لا أثر لهذا الغبن في لزوم العقد مطلقاً ، سواء أ كان نتيجة تغرير أم لا ، لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً ، فلو أنه سأل أهل الخبرة في أمره قبل التعاقد لما وقع في الغبن — وفريق ثالث يرى أن الغبن يؤثر في لزوم العقد ، فيكون لمن وقع الغبن في جانبه أن يفسخ العقد سواء كان نتيجة تغرير أم لا .

وحجته على ذلك : أن الغبن ظلم ، والظلم يجب رفعه ما أمكن ، وبإعطاء المغبون حق الفسخ يمكن رفع الظلم عنه .

وأرجح الآراء هـــو القول الأول القائل بالتفصيل ، لأن الأخذ بالقول الثاني على إطلاقة يشتمل على ضرر كبير وظلم للمغبون ، والأخذ بالقـــول الأخير على إطلاقه يؤدي إلى كثرة النزاع والخصام وعدم الاستقرار في التعامل . أمـــا القول بالتفصيل ففيه رعاية لجانب المتعاقدين ، وحفظ حق كل منهما ، كما أن فيه احترام للارادة الحقيقية ، ومحافظة على استقرار التعامل بقدر الإمكان .

وقد جاء القانون المدني المصري في باب الالتزامات بمبدأ يجيز إبطال العقد ، إو انقاص الالتزامات الناشئة عنه إذا تبين أن الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيشاً بيناً ، أو هوى جامحاً في المعاقد الآخر .

المبحث الرابع

التغرير

هو في اللغة الخداع . وفي الفقه إغراء العاقد وخديعته ، ليأخذ المعقود عليه وهو يظن أنه في مصلحته ، بينما هو خلاف ذلك في واقع الأمر ، ومثاله أن يقدم شخص على شراء شيء نتيجة إعلانات ، أو إغراء العاقد الآخر ، أو إغراء وسيط ، أو يندفع الشخص على شراء شيء يزيد الغير في ثمنه ، ويرفع من شأنه ، ثم يتضح بعد التعاقد أن المعقود عليه شيء عادي .

والتغرير على نوعين : فعلي ، وقولي .

فالتغرير القولي : هو الذي يكون نتيجة كذب أحد المتعاقدين أو من يعمل لحسابه ليحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن ، كأن يقول البائع للمشتري إنه عُرِض عليه في سلعته ثمن مقداره كذا ، فيقدم المشتري مغتراً بقول البائع على شرائها بهذا الثمن ، وهو متأثر بهذا الكذب – أو أن يقول المشتري للبائع أنه عرض عليه ما هو أحسن من هذه السلعة بهذا الثمن أو أقل منه ، فيغتر البائع بقوله ، ويبيعه السلعة بذلك الثمن، ومن ذلك إعلان شخص عن سلعة ، مع وصفها بصفات ترغب الناس في الإقبال عليها .

وأما التغرير الفعلي : فهو أن يحدث البائع مثلاً فعلاً في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع ، مثل أن يصبغ الثوب القديم ليظهر جديداً، أو أن يجمع لبن البقرة فيها مدة حتى ينتفخ ضرعها ، فيظنها المشتري أنها غزيرة اللبن ، ويقدم على شرائها ، وهذا الأخير معروف في الفقه بالتصرية وسيأتي بيان حكمها .

حكم التغرير :

أما القولي فمنهى عنه شرعاً ، لأنه غش وخداع ، حكم الشارع بكراهيته ، وتوعد عليه بالعقاب في الآخرة . أما بالنسبة للعقود فهو لا يؤثر في صحة العقد ، ولا يؤثر في لزومه اللهم إلا إذا ترتب على التغرير غبن لأحد المتعاقدين ، فإنـــه يثبت للمغبون خيار الفسخ للغبن كما قدمنا[1]. أما إذا لم يترتب عليه غبن، فليس إلا خداعاً وتضليلاً يكون الاندفاع وراءه من باب التقصير وعـدم التروي ، وتبعة التقصير تكون على المقصر وحده .

أما حكم التغرير الفعلي : فإنـه يؤثر في حكم العقد . فيجعله غـير لازم ، فللمغرور الحق في أن يفسخ العقد ، ويسمى هذا بخيار التغرير ، أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه ،وهذا الحكم لا خلاف فيه بين الفقهاء ، لكنهم اختلفوا في التطبيق ، على معنى أن الشيء الواحد قد يعتبره بعض الفقهاء تغريراً فيثبت بـه الخيار للمغرور ، وقد لا يعتبره بعض آخر تغريراً فلا يثبت خياراً .

من ذلك التصرية « التي قدمنا ذكرها آنفاً » اعتبرهــا أكثر الفقهاء من باب التغرير فأثبت بها الخيار للمشتري ، وجعل من حقه إمضاء العقد أو فسخه ، وحجتهم في ذلك قول الرسول عليه السلام« لا تصروا الإبـل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر[2] » فقد دل صراحة على أن المشتري يثبت له خيار الفسخ ،

---

١ ـ جاء في ظاهر الرواية في الفقه الحنفي ما يفيد أن الغبن الفاحش وإن نتج عنه عن تغرير فإنه لا يؤثر على عقد المعاوضة ، إذ يجب أن يبقي لهذه العقود مـــا تقتضيه طبيعتها من اللزوم ، فوق أن العاقــد كان يجب أن يتنبه إلى ما هو قادم عليه ، وإلا فيتحمل نتيجة إهماله ، وعدم تأنيه واحتياطه .

٢ ـ أنظر نيل الأوطار جـ٥ ص١٨١ .

كما أفاده قوله « بخير النظرين » كما دل على أن المشتري إذا اختار الفسخ فعليه أن يرد صاعاً من التمر بدل اللبن الذي أخذه .

ولعل الحكمة في ضمان اللبن بصاع التمر: أن اللبن الذي كان بالتصرية كان موجوداً قبل قبض المصراة وقد اختلط باللبن الطاريء بعد القبض، فلا يمكن معرفة مقدار اللبن الذي يجب على المشتري ضمانه للبائع ، لذلك جعل الرسول له ضماناً معيناً هو الصاع من التمر حتى يقطع النزاع بين المتعاقدين .

ويرى بعض الفقهاء أن صاع التمر واجب في جميع الأحوال، ورأى آخرون أن هذا يكون واجباً إذا كان التمر غالب قوت البلد ، فإن لم يكن غالباً فالواجب صاع من غالب قوت البلد .

أما الحنفية فلم يروا التصرية من باب التغرير الذي يثبت به خيار للمشتري – في ظاهر الرواية عندهم – ولكن على القول المختار عندهم أن المشتري يرجع على البائع بمقدار النقص إن كان هناك غبن في الثمن ، ذلك أنهم لم يروا التصرية عيباً موجباً للخيار للمشتري وقالوا في حديث التصرية إنه غير مقبول لمخالفته القواعد والأصول الشرعية .

ولكن الراجح هو مذهب غير الحنفية إذ أن ما دفع به الحنفية الحديث لا ينهض على رده .

على أن التغرير الغابن ، إذا دخل في عقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة فإنه يخرجها عن طبيعتها ، فيجعل العقد لازماً على الراجح .

أما إذا كان في عقد الزواج فلا أثر له ، لأن عقد الزواج لا يقبل الفسخ ، كما أن الزواج ليس من باب المعاوضات المالية المحضة ، لأن المهر ليس من أركان العقد بل هو حكم ألحقه الشارع به، فلذا لا يؤثر فيه ذلك. وأيضاً لا يؤثر التغرير

الغابن في عقد الطلاق . فلو أن امرأة غررت بشخص ليتزوج بها إذا طلق امرأته ، فطلقها ثم بعد ذلك رفضت المرأة الزواج منه ، فالطلاق واقع ولا أثر للتغرير .

وهناك صورة من صور التغرير اشتهرت في الفقه باسم التدليس وهو إخفاء عيب في أخذ العوضين ، كأن يعلم صاحب السلعة بعيب فيها ثم يكتمه ، ولا يطلع العاقد الآخر على العيب ، كما إذا كان المبيع داراً بها تصدعات في حوائطها فسدها البائع، وطلاها بالجص ونحوه ليخفي هذا العيب ، ولتظهر الدار بصورة الشيء السليم .

والفقهاء متفقون على حرمة هذا لورود النهي عنه في لسان المشرع الكبير فعن عقبة بن عامر سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وبه عيب إلا بيّنه له » كما لا خلاف بينهم في أن هذا التدليس يثبت به الخيار للمدلس عليه ، فإن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه . وسيأتي مزيد بحث لهذا في خيار العيب عند الكلام على الخيارات .

التغرير في القانون :

تناول القانون المدني الجديد التغرير في مادتين من مواده هما المادة ١٢٥، ١٢٦ ففي المادة ١٢٥ نص على أنه « يجب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد » وعلى أنه « يعتبر تدليساً السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ».

وفي المادة ١٢٦ نص على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر ،

كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس » .

وبهذا اعتبر القانون التدليس موجباً لخيار المدلَّس عليه سواء أكان التدليس صادراً من أحد العاقدين أم صادراً من غيرهما ، إلا أنه إذا صدر التدليس من الغير فليس للعاقد المدلَّس عليه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس[1] .

---

١ ـ الوسيط للاستاذ السنهوري ص ٣١٨ .

الفصل السادس

الخيـــارات

من بين التقسيمات التي قدمناها للعقود : عقود لازمة ، وعقود غير لازمـة ، وأن العقد يكون لازماً ، إذا كان أحد المتعاقدين لا يملك فسخه بـــدون رضا الآخر ، وأن اللزوم يكون عند استكمال العقد لأركانه وشروطـه ، إلا أنه لو اقتصر في شرعية هذا اللون من العقود على هذا القدر لوقع الناس في حرج بين ، فقد يكون الشخص ليس عنده الخبرة بأحوال التعامل فيحتاج إلى التروي ، أو أن يشاور في أمر شرائه ، كما قد يضطر إلى شراء شيء من غير رؤيته معتمداً على وصف الطرف الآخر وترغيبه فيه ، فإذا ما رآه وجده على خلاف رغبته ، أو أنه بولغ في وصفه ، كما قد يجد عيباً خفي عليه حين التعاقد .

فمن أجل ذلك كله شرع لأحد المتعاقدين ، أو كلاهما حق فسخ العقد . بعد تمامه تفادياً لهذا الحرج ، ودفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يبح له هـــذا الحق وهو حق الفسخ .

والخيارات جمع مفرده خيار ، وهو مشتق من الاختيار ، ويدل على معناه وهو طلب خير الأمرين أو الأمور .

والفقهاء يريدون به : أن يكون لأحد العاقـــدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه .

ومن الخيارات ما ورد به نص خاص وذلك خيار الشرط وخيـار الرؤية ، ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة مثل خيار فوات الوصف وخيار التغرير . ومنها ما ثبت بالقياس مثل خيار النقد والتعيين . ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعض الخيارات ، والبعض الآخر هو مجال لاختلاف الفقهاء .

وأيضاً من بين الخيارات ما ثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه المتعاقدان كخيار الرؤية وخيار العيب ، ومنها ما يتوقف ثبوته على اتفاق العاقدين فـــلا يثبت إلا بالاشتراط كخيار الشرط وخيار التعيين .

كما أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراده صاحب الخيار بدون توقف على قضاء القاضي كما في خيار الشرط والرؤية – وقد يتوقف الفسخ على قضاء القاضي – على خلاف – فلا يثبت قبـله كما في خيار العيب ، لأن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تحقيق خاص لا يكفي فيه نظر العاقدين .

وهذه الخيارات أنواع كثيرة عدها بعضهم ثلاثة عشر . وبعضهم ثمانيـــة عشر ، وبعضهم تسعة عشر ، ولكنها على كثرتها يوجد بعضها متداخلاً في الآخر كما أن بعضها قد يختص بعقد من العقود كخيار البلوغ ، فإنه خاص بالزواج ، وقد لا يختص بعقد بل يثبت في أكثر من عقد كخيار الرؤية[1] .

---

١ ـ وهناك خيارات كثيرة في الفقه الإسلامي مثل : ١ ـ خيار الكفاءة في الزواج ٢ ـ خيار الافاقه إذا كان الولي الذي زوج المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة غير الأب والجد ، فإنه عند الافاقه من هذا العارض يكون له أولهـــا حق الفسخ ولو كانا متكافئين ، وكان الزواج بمهر المثل . ٣ ـ خيار البلوغ إذا بلغ الصغير وكان قد زوجه غير الأب والجـــد فمن حقه أو حقها فسخ العقد عند أبي حنيفة ومحمد . ٤ ـ خيار القبول يثبته الاحنـاف للعاقد الآخر فإذا مـا صدر الايجاب فإن للآخر حق أن يقبل هذا الايجاب فيتم العقد ، أو يرفض مـــا دام مجلس العقد لم يتغير. ٥ـ خيار المجلس وقد قدمنا الكلام عنه في اتحاد المجلس وأنه مذهب الشافعي واحمد وسيأتي أيضاً. ٦ـ خيار الغبن الفاحش وهو أن يثبت للمغبون حق فسخ العقد وإمضائه . ٧ـ خيار النقد وهو أن يشترط البائع على المشتري إذا لم يدفع له الثمن في ظرف ثلاثة أيام فسد=

ونقتصر على بعض الخيارات وهي خيــار الشرط والعيب والرؤية والمجلس والتعيين والنقد . وقد أشرنا فيما سبق إلى خياري الوصف والغبن والتغرير .

المبحث الأول

خيار الشرط

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما حق إمضاء العقــد ، أو فسخه في مدة معلومة ، بناء على اشتراط ذلك في العقد .

فمثلاً: قد يشترط البائع في البيع الخيار لنفسه فيقول: بعتك هذا الكتاب بخمسين ديناراً على أن يكون لي الخيار مدة ثلاثة أيام ، فإذا قبل المشتري ذلك :يكون للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة ، فإذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الإمضاء أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد .

وقد يشترط المشتري الخيار لنفسه ، فيقول اشتريت هذا الكتــاب بكذا على أني بالخيار ثلاثة أيام ، فإذا قبل البائع ذلك ثبت للمشتري الخيار .

وقد يشترط الخيار لنفسه كل من البائع والمشتري فيقول البائع : بعتك هذا الكتاب على أن يكون لكل منا الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ثلاثة أيام ويقبل المشتري .

=العقد إذا بقي المبيع على حاله لم يتغير ، ويثبت هذا الشرط للبائع أيضاً. ٨ ـ خيار الاستحقاق ويثبت للمشتري إذا استحق بعض المبيع فيحق له أن يرد الباقي أو يأخذ بحصته . ٩ ـ خيار التغرير الفعلي إذا فعل البائع في المبيع شيئاً يغش به البائع ليجعله مرغوباً له . ١٠ ـ خيــار فوات الوصف المرغوب فيه . ١١ ـ خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيــع في يد البائع قبل قبضه . ١٢ ـ خيار صاحب الشأن عندما يعرض عليه الفضولي العقد ، ومنه خيـــار الولي والوصي في إجازة عقد الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر . ١٣ ـ الخيار عند ظهور أن البيع مرهون أو مستــأجر . ١٤ ـ خيار الكمية إذا باع مكيلاً أو موزوناً أو شيئــاً غير معلوم القدر . ١٥ ـ خيار العتق . وقد أطنب في ذلك ابن عـــابدين في الجزء الرابــع ص ٤٩ فمن يريد المزيد فليرجع إليه .

وكما يصح اشتراط العاقد الخيار لنفسه يصح أن يكون صادراً من أحد العاقدين للآخر كما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا الكتاب على أنك بالخيار ثلاثة أيام ، فمتى قبل المشتري ، ثبت له حق إمضاء العقد أو فسخه ، وكذا يصح أن يشترط المشتري الخيار للبائع – وإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له وحده حق الخيار ، سواء كان شرط الخيار منه أو من صاحبه .

وأيضاً قد يشترط أحد العاقدين الخيار لشخص آخر غيرهما فيشترطه البائع أو المشتري عندما يريد أن ينتفع بخبرة الشخص الآخر ، وصورته : أن يقول البائع أو المشتري : بعت هذا الكتاب بكذا ، أو اشتريته بكذا على أن يكون لفلان الخيار في إمضائه العقد أو فسخه ثلاثة أيام ، فإذا قبل العاقد الآخر ثبت الخيار لمن شرط له ، وكذا يثبت الخيار لمن اشترطه وإن لم يجعله لنفسه ، ذلك لأنه لا يسوغ أن يملك الشخص غيره شيئاً لا يملكه هو ، وعلى هذا يكون اشتراط الخيار للأجنبي اشتراطاً لنفسه أيضاً .

سبب خيار الشرط :

السبب في ثبوت هذا الخيار هو اشتراطه في العقد من أحد العاقدين ، ولذا سمي بخيار الشرط ، أي الخيار الذي سببه الشرط أي الاشتراط ، وعند الإمام مالك يثبت الخيار إما بالشرط أو بالعادة ، أي أنه إذا جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع يثبت الخيار من غير اشتراطه .

وقد شرع هذا الخيار على خلاف مقتضى العقد ، فإن مقتضى العقد أن يلزم بمجرد تمامه ، إلا أنه ثبت بالسنة النبوية ، وأبيح لما ورد أن حبان بن منقذ الأنصاري[1] كان يغبن في البياعات ، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي

---

١ ـ هو حبان بن منقذ الانصاري وكان قد أصيب بضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه ، وضعف إدراكه وتمييزه ، وأصبح يغبن في عقوده لذلك ، وروى الحديث برواية أخرى « إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالي » .

صلى الله عليه وسلم عسى أن يمنعه ، فقال له النبي « إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام » — ومعنى لا خلابة لا خداع ولا غش ولا خديعة فالحديث صريح في تشريع الخيار لمعنى يعقل هو التأكد والاستيثاق من أن هذا العقد لا غش فيه ولا غبن ، لكي يكون الرضا تاماً ، ولا دليل في الحديث على خصوصية حبان بهذا الحكم .

مدة خيار الشرط :

صرح حديث حبان بأن مدة الخيار ثلاثة أيام ، وإليه ذهب بعض الأئمة كأبي حنيفة وزفر والشافعي ، فلم يجيزوا أن تزيد المدة عن ذلك ، ويرون أن العقد مع اشتراط مدة أكثر يكون فاسداً ، وبعض آخر من الفقهاء لم يتقيدوا بالثلاثة أيام فجوزوا أن تكون المدة حسبما يشترط العاقدان ، استناداً إلى أن الخيار شرع للتروي والمشورة ، ولتفادي الوقوع في الخديعة والغرر ، وقد لا تكون الثلاثة أيام كافية لذلك ، فإن الأشخاص يختلف أمرهم ، والسلع تباين حالاتها ، فقالوا يترك الأمر في المدة إلى تقرير المتعاقدين ، وإلى المدة التي يتفقان عليها حتى لا يكون هناك بعد تنازع .

واحتج القائلون بتحديد المدة : بأن هذا الشرط من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ، وكان الأصل فيه أن يكون فاسداً ، لكن ورد النص به فيقتصر على مورد النص ، فاشتراط أكثر من الثلاثة أيام يفسد العقد ، إلا إذا أنه إن أجاز العقد في الثلاثة ، فإن الفساد يرتفع بارتفاع سببه عند أبي حنيفة خلافاً للشافعي.

ويرى الإمام مالك: أن تحديد المدة يختلف بحسب المتعارف، ولذلك يسمونه خيار التروي ، فبعضها يقدر بيوم ، وبعضها بيومين وبعضها بأسبوع أو شهر ، وفي الفواكه والخضروات مثلا تقدر بالزمن الذي لا تتغير فيه .



من يثبت له الخيار :

قدمنا أن الخيار يثبت للمتعاقدين ، أو لأحدهما سواء شرطه الشارط لنفسه أو شرطه للعاقد الآخر . فإذا شرطه أحدهما لأجنبي كأن يقول البائع مثلاً : بعت لك هذه الدابة بكذا على أن يكون الخيار لفلان « وسمي شخصاً » مدة ثلاثة أيام ، ويقبل الآخر فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء ، وخالف البعض من الحنفية والشافعية بناء على أن الخيار لما كان أثراً من آثار العقد ، وحكماً من أحكامه لا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين ، ولكن قال الجمهور إن الحق في اشتراط الخيار ثابت أولاً للعاقد فهو حق مقرر له ، فإذا جعله لغيره كان ذلك له على وجه التوكيل والإنابة ، وليس معنى هذا أن حقوق العقد وأحكامه صارت لمن شرط له الخيار . وإذا كان من الجائز إذا شرط أحد المتعاقدين لنفسه خيار الشرط ، أن يوكل غيره في إمضاء العقد أو فسخه ، يكون من الجائز أن ينيب غيره عنه في شرط الخيار، وما دام الاشتراط للأجنبي من باب الإنابة يكون الخيار لكل من العاقد والنائب، للشارط باعتباره أصيلا، ولمن شرط له باعتباره نائباً ووكيلاً .

وحين يثبت الخيار لهما فأيهما أجاز العقد أو فسخه نفذ ما اختاره فإن أجازه أحدهما وفسخه الآخر نفذ اختيار السابق منهما، لأن الفسخ إن كان هو السابق لم تجد الإجازة عقداً تلحق به ، وإن كانت الإجازة هي السابقة جاء الفسخ والعقد قد لزم بالإجازة فلا يؤثر ، فإن لم يعلم السابق رجح الفسخ لأنه أقوى ، وقيل يرجح تصرف البائع لأنه هو الأصيل .

العقود التي تقبل خيار الشرط والتي لا تقبل :

١ – يقبل خيار الشرط كل عقد لازم يقبل الفسخ ، لا يشترط في صحته القبض في المجلس ، حتى وإن كان لزومه من جانب واحد ، فتلك قيود ثلاثة بدونها كلها أو أحدها لا يقبل العقد شرط الخيار فيه ، ومن العقود

التي توفرت فيها القيود الثلاثة البيع ، والإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح على مال ، والقسمة ، والكفالة والحوالة ، وعقد الرهن إذا شرط الخيار الراهن لنفسه للزومه في جانبه .

٢ ــ لا يقبل خيار الشرط كل عقد غير لازم : كالوديعة ، والعارية، والهبة، والوصية ، والوكالة ، والوصية ، وذلك لأنها عقود قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط فلا معنى لاشتراط الخيار فيه .

٣ ــ لا يقبل خيار الشرط كل عقد لازم لا يقبل الفسخ ، كالزواج والخلع والطلاق والرجعة، وذلك لأن مقتضى هذه العقود أن تترتب آثارها عليها وتلزم بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائها ، فخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبتت له ،أو يؤخر اللزوم ــ على خلاف في ذلك ــ فكانت هذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للمنافاة التامة بينهما .

٤ ــ لا تقبل خيار الشرط العقود التي تقبل الفسخ لكن يشترط في صحتها القبض في مجلس العقد كالصرف والسلم ، لأن الخيار من شأنه تأخير الأحكام ، ومنها وجوب القبض في المجلس ، وعدم القبض مفسد لهذه العقود ، فلا يصح اشتراطه لوجود المنافاة .

حكم وآثار خيار الشرط :

يترتب على اشتراط خيار الشرط أمران :

الأمر الأول : أن من شرط له الخيار من العاقدين يثبت له الحق في أن يمضي العقد أو يفسخه ، فيختار خير الأمرين وإن لم يتلفظ بشيء ، فيصح له إمضاء العقد أو فسخه باللفظ أو بالفعل المفيد ذلك ، ولا يحتاج فسخ العقد أو إمضائه إلى قضاء القاضي ــ وحين يلزم العقد بإمضائه ممن له الخيار لا يجوز أن يفسخ بعد ذلك إلا بتراضي العاقدين بما يسمى بالإقالة .

فالمشتري الذي له الخيار إذا قال أمضيت العقد ، أو تصرف في المبيع

تصرف الملاك كأن أجره أو رهنه أو باعه . أو كانت أرضاً فبنى فيها ، أو دابة فركبها ، كان ذلك كله مما يلزم به عقد البيع ، وكذا البائع إذا كان له الخيار فقال فسخت العقد ، أو باع المبيع أو رهنه ، أو كان أرضاً فبنى فيها منزلا لنفسه كان ذلك إبطالا للعقد ، وفسخاً للعقد ، دون توقف على قضاء القاضي [1].

وحين يكون شرط الخيار لكل منهما يفسخ العقد بفسخ أحدهما ، وحينئذ يبطل ويسقط خيار الآخر ، أما إذا أمضاه أحدهما فيبقى الآخر على خياره فمن حقه الفسخ أو الإمضاء .

فإذا مضت مدة الخيار دون فسخ أو إمضاء ممن هو له لزم العقد لأن من شرط الخيار له لا يملك فسخ العقد إلا في المدة ، فإذا مضت ولم يفسخ لزم من جانبه [2] .

وأيضاً يلزم العقد إذا توفي من له الخيار أثناء مدته ، ذلك لأن العقد مع الخيار قائم ولا يرتفع إلا بالفسخ ، فإذا مات من له الخيار تعذر الفسخ من ناحيته

---

١ - راجع بدائع الصنائع حـ٥ ص٢٦٤ ، وفتح القدير حـ٥ ص ١١٥ ، والزيلعي حـ٤ ص ١١ ، والمغني لابن قدامه حـ ٣ ص ٥٧١ .

٢ - جاء في كشف الاسرار حـ٤ ص١٤٧ : الاصل أن ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه قال ابو حنيفة ومحمد في صاحب خيار الشرط مشتريا كان أو بائعاً اذا فسخ بغير علم الآخر أن ذلك الفسخ لا يصح ، وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم الآخر بفسخه في مدة الخيار ، فإن علم في المدة تم الفسخ وليس له الاجازة بعد علم الآخر بالفسخ ، وان لم يعلم بالفسخ حتى مضت المدة بطل الفسخ وتم البيع ، وقال أبو يوسف فسخه جائز من غير توقف على علم الآخر ، لأن الخيار خالص حقه ، ويوجب الخيار الفسخ أو الاجازة ثم الاجازة تتم بغير رضاه فكذلك الفسخ بل أولى لأن الخيار لا يشترط للنفاذ ، اذ النفاذ ثابت بدون الخيار - ولهما أنه بالفسخ يلزم غيره حكما جديداً لم يكن ، فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل في غيبته فلا يثبت العزل في حقه ما لم يعلم به اذ الخيار وضع في الشرع لاستثناء حكم العقد لعدم الاختيار .

فأصبح العقد لازماً من جهته ، فإذا كان الخيار لهما ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته ، وبقي الآخر على خياره .

هذا وينفذ فسخ العقد إذا صدر ممن له الخيار ، سواء كان بالقول أو بالفعل علم بذلك الطرف الآخر أولاً ـ وشرط أبو حنيفة ومحمد لنفاذ الفسخ بالقول أن يكون بحضرة الطرف الآخر ، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيار ، فإذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيار لزم العقد ، ولا يترتب على هذا الفسخ أي أثر،والأول أوجه لأنه متى ثبت حق الفسخ باتفاق العاقدين فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك .

الأمر الثاني :

أن اشتراط الخيار من أحد المتعاقدين لنفسه أو لأجنبي في عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض عن ملكه ،واشتراطه منهما يمنع خروج العوضين، فكل ملك يبقى لمالكه .

وإذا اشترط البائع الخيار لنفسه أو لأجنبي عن العقد لم يخرج المبيع من ملكه ، لأن خروجه من ملكه يعتمد الرضا ، والرضا غير متحقق مع الخيار فلا يترتب على العقد ذلك الأثر ، لكن الثمن يخرج من ملك المشتري في هذه الحال .

وإذا شرط المشتري الخيار لنفسه أو لأجنبي عن العقد ، لم يخرج الثمن من ملكه وكذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه إذا لم يشترط له الخيار ، ويكون موقوفاً على رأي أبي حنيفة ، فإن أمضى المشتري العقد ظهر أنه دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع ، وقال الصاحبان : إن المبيع يخرج من ملك البائع في هذه الحال،ويدخل في ملك المشتري ، لأنه إذا لم يدخل في ملك المشتري بعد أن يخرج من ملك البائع كان مالاً متقوماً لا مالك له ، ولا نظير لهذا في الشرع لأنه لا سائبة في الإسلام .

وجه قول أبي حنيفة : أن دخول المبيع في ملك المشتري في هذه الحال يترتب عليه اجتماع البدلين « المبيع والثمن » في ملك شخص واحد وهو المشتري، وهذا غير مقبول ، لأنه يتنافى مع المعاوضة ، وعلى ذلك فلا يدخل في ملك المشتري ، وكذلك لا يبقى في ملك البائع، لأن العقد قد تم من جهته، لتمام رضاه فيفيد أثره بالنسبة إليه ، وإذن يبقى موقوف الحال إلى أن تظهر نتيجة الخيار، فإذا فسخ المشتري العقد ظهر أنه ملك البائع، وإذا أمضى المشتري العقد ظهر أنه ملك المشتري من وقت العقد .

وعلى كل فاشتراط الخيار في العقد عند الحنفية يمنع ترتب جميع آثار العقد عليه لأنه يمنع نفاذ العقد .

ما ينتهي به خيار الشرط :

١ – إجازة العقد في مدة الخيار من له الخيار، أو فسخه في مدة الخيار، سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة كما سبق بيانه .

٢ – موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار « عند الحنفية والحنابلة» لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ، لأنه رغبة ومشيئة ، وأجاز غيرهم وراثته لكونه حقاً متعلقاً بالمال .

٣ – مضى مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .

٤ – تعيب محل العقد أو هلاكه بأي سبب من الأسباب في يد متملكه عندما يكون الخيار له، ذلك لأن فسخ العقد بعد قبض المشتري موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لا يمكن رده ، وإذا تعيب يمتنع رده .

٥ – زيادة محل العقد بعد قبضه زيادة متصلة ، سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان أم لا كالبناء والأشجار – أو زيادته زيادة منفصلة متولدة كولد الحيوان وثمرة البستان واللبن والصوف، أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة

كالأجرة فلا تمنع ، فإذا أمضى المشتري البيع مثلا فالزيادة له اتفاقاً ، وإذا فسخه رد الأصل مع زيادته، وقيل يرد الأصل فقط وله الزيادة لأنها نماء ملكه.

المبحث الثاني

خيار الرؤيـة

هو في اصطلاح الفقهاء : حق يثبت بمقتضاه للعاقد المشتري أن يفسخ العقـد أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه عند التعاقد ، أو قبله بوقت لا يتغير فيه .

وبيان ذلك : أن من اشترى سيارة دون رؤيتها كان له بسبب عدم رؤيتـه إياها الحق في أن يفسخ العقد أو يمضيه عندما يراها — وإن وصفت له عنـد التعاقد — ذلك لأن علم المبيع بأوصافه — وإن كان نافياً للجهالة — لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته ، فإن رؤيته تفيد علماً أدق وأشمل .

والسر في ثبوت هذا الخيار : أن الشيء المعين مهما بالغ الإنسان في وصفـه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام ، والرضا التام أساس صحة العقود .

شروط ثبوته : لا يثبت خيار الرؤية إلا إذا توفرت الأمور الآتية :

١ — أن يكون محل العقد معيناً مشخصاً كدار أو ثوب أو حيوان ، أمـا إذا كان ديناً موصوفاً يثبت في الذمة كما في السلم فـلا يثبت فيه خيار الرؤية ، وكذا إذا كان معيناً بالوصف لا خيار فيه لأن المعقود عليه الموصوف إن وجـد بأوصافه لزم العقد ، وإلا فلا عقد لعدم وجود محله .

٢ — أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، فإن كان لا يقبله كعقد الزواج والخلع فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال ، وإن كان عينا مشخصة .

٣ — عدم رؤية العاقد محل العقد حين التعاقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه .

٤ — أن يرى العاقد المحل المعقود عليه ، فلا يثبت له الخيار قبل الرؤية .



بم تتحقق الرؤية ؟

ليس المراد بالرؤية الإبصار ، بل المراد ما هو أعم من ذلك ، وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذي يناسبه ، فالمرئيات يكون العلم بواسطة البصر ، والمشمومات كالروائح يكون بالشم ، والمطعومات يكون بالذوق ، والملموسات والمحسوسات يكون بالحس واللمس كما في بعض الأقمشة ، وليس بلازم رؤية جميع المحل الذي ورد عليه التعاقد بل المقصود رؤية ما يتحقق به المقصود ، فتكفي رؤية البعض إذا كانت هذه الرؤية تؤدي إلى معرفته كله كرؤية «النموذج» منه ، وذلك كما في الحبوب والزيوت وجميع المثليات . أما إذا كانت الرؤية للبعض لا تؤدي إلى ذلك كما في الحيوان والدور فلا بد من رؤية جميع المحل ، ويثبت للأعمى خيار الرؤية إذا اشترى شيئاً لم يعرفه ، فإن كان ذلك الشيء لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له، وان كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه .

مشروعيته :

قال الحنفية بمشروعية هذا الخيار ودليلهم عليه ما رواه الطحاوي : أن عثمان ابن عفان باع طلحة بن عبدالله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما ، ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت قال : لي الخيار ، ثم حكّما جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة ،و كان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فهذه القصة تدل على مشروعية خيار الرؤية لأنه لو لم يكن مشروعاً لما حكم به جبير — وهناك حديث يرويه الفقهاء في كتبهم هو « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ولكنه حديث ضعيف مطعون فيه وفي صحته كما يقول صاحب نصب الراية .

ومذهب الشافعي في الجديد أن خيار الرؤية لا موضع له ، لأن العقد على

الغائب لا يصح ، واستدل بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر وجهالة قد تفضي إلى النزاع والرسول نهى عن بيع الغرر .

وإذا كان الشخص قد يضطر إلى شراء شيء غائب عنه لحاجته إليه خوفاً من فوات السلعة إن هو أخر العقد حتى يرى المعقود عليه ،فلو ألزمناه به من غير ثبوت الخيار له ،نكون قد ألحقنا به الضرر حين لا توافقه السلعة ،ولا تحقق مراده.

وفي مذهب الحنابلة روايتان قال ابن قدامة في المغنى « وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم له رؤية لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك واسحاق وهو احد قولي الشافعي

وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة : ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، ولأنه ابتاع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح[1] .

من يثبت له خيار الرؤية :

لم يختلف أحد من القائلين بشرعية هذا الخيار في أنه يثبت للمشتري في عقد الشراء ، ووقع الخلاف في ثبوته للبائع إذا باع مالاً من غير رؤيته .وصورته أن يرد لشخص مالا عن قريب له . وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره ، فهذا يعتبر بائعاً لما لم يره وفي ذلك رأيان : إحداهما للجمهور ويقولون بعدم ثبوت الخيار لأن دليل شرعيته وهو قصة عثمان وطلحة ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع . وكذلك الحديث — إن صح — صريح في ثبوته للمشتري فقط — وثانيها لبعض الحنفية ويقولون بثبوته للبائع كثبوته للمشتري ، لأن العلة في ثبوت الخيار دفع الضرر ، وهذا البائع محتاج اليه كالمشتري ليدفع عن نفسه الضرر فيما لحقه من غبن من هذا العقد .

---

١ — المغنى جـ٣ ص٥٨٠

والراجح قول الجمهور لأن الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس، وما هو الأصل في العقود فيقتصر فيه على ما ورد به النص، ولا يتوسع فيه، على أنه لا حاجة إلى إثباته في جانب البائع، لأنه يندر أن يبيع شيئاً من غير أن يره، ولو فعل كان مقصراً بخلاف المشتري فإن شراءه لما لا يره يقع كثيراً في الحياة العملية[1]. على أنه إذا كان الثمن سلعة تتعين بالتعيين كمن باع أرضاً زراعية بأرض بناء وما عليها من دور، أو باع سيارة بدار ونحو ذلك مما يسمى مقايضة، فإن خيار الرؤية يثبت للمتعاقدين معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشتريا - قال في البدائع «ولو تبايعا عيناً بعين يثبت لكل واحد حق الخيار، ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما، ولو اشترى عينا بدين للمشتري الخيار ولا خيار للبائع[2]».

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية عند من يقول بشرعيته في أربعة عقود :

١ - عقد البيع إذا كان محله مالا معيناً بالتعيين أو مشخصاً. أما إذا كان معيناً بالوصف كما في السلم فلا خيار فيه.

٢ - الإجارة إذا كانت واردة على محل مشخص كسيارة بذاتها أو دار معينة.

٣ - القسمة في الأموال القيمية، فإذا قسم المال القيمي بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى نصيبه عند القسمة ثبت له الخيار.

٤ - الصلح في دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالا معيناً كذلك، لأن الصلح في هذه الحالة عقد مبادلة، فيكون في معنى البيع.

---

١ - قد كان الامام ابو حنيفة يثبته للبائع ايضاً ثم عدل عنه انظر فتح القدير حـ ٥ ص ٤٠ والزيلعي حـ ٥ ص ٢٥، ففيها الأدلة ومناقشتها.

٢ - بدائع الصنائع حـ٥ ص ٩٣.

والأصل في ذلك : أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ومالا فلا »

أثر هذا الخيار في العقد :

هذا الخيار لا أثر له فيما يترتب على العقد من آثار ، فيثبت الملك في البدلين للعاقدين بمجرد تمام العقد ، ولكن أثره يظهر في لزوم العقد ، فهو يمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له الخيار حتى يبت في العقد بالإمضاء فيلزم ، أو بالفسخ فيرتفع العقد، وإذا كان الفسخ بمقتضى خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية فقد يوهم هذا أن العاقد لا يملك الفسخ قبلها ، ولكن الصحيح في مذهب الحنفية أنه يملك الفسخ قبلها لكن لا بمقتضى الخيار بل بناء على عدم لزوم العقد .

ومما يجدر الإلمام به أن الفسخ سواء كان قبل الرؤية أو بعدها قبل القبض أو بعده لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ، كما لا يتوقف على قضاء القاضي ، وإنما تتوقف صحته على علم الطرف الآخر فقط ، دفعاً للغرر عنه بسبب اعتماده على شراء هذا المشترى ، فلا يطلب لسلعته مشتريا غيره .

ومن الواجب على المتملك إذا أراد الرد : أن يحمل العين إلى محل العقد إذا كان قد حمل إلى محل آخر سواء كان الذي حمله هو المتملك أو المالك، لأن مؤنة الرد في خيار الرؤية والشرط والعيب تكون على المشتري .

ورؤية الوكيل تغني عن رؤية موكله ، ويسقط معها خيار الرؤية ، ويصير لازماً بالنسبة للموكل — أما الوكيل بالقبض فقال الصاحبان أن حق الأصيل في خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض ، لأنه وكيل بالقبض فقط ، ولم يكن وكيلا في إسقاط الخيار ، وقال أبو حنيفة أن الوكيل بالقبض تكون رؤيته كرؤية الموكل تماماً فيسقط خيار الرؤية، لأنه وكيل بقبض تام، والوكيل بالشيء

وكيل باتمامه ، وتمام القبض يكون بإسقاط الخيار ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض [1] .

هل له وقت ينتهي به ؟

الراجح أن خيار الرؤية — عند من قال به — ليس له وقت محدد ، بل متى ثبت يستمر حتى يوجد ما يسقطه ، وهـذا هو الشأن في الحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها أو انتهاء وقتها المحدد لها — وقيل : إن خيـار الرؤية يثبت في مجلس الرؤية فقط ، وقيل: إنه محدد بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ ، فإذا مضى وقت بعد الرؤية يكفي لفسخ العقد ولم يفسخه لزم العقد ، لأن اثبات الخيار من تحديد وقت له قد يضر بالطرف الآخر .

ولاحظ أصحاب القول الراجح هذا أيضاً فاعتبروا كل ما يدل على الرضي من قول أو فعل إجازة للعقد منهية للخيار ، إلا أن مـا يدل على الرضا صراحة كقوله أمضيت العقد أو رضيت به أو أجزته لا يعتبر إجازة إلا إذا كان بعد الرؤية ، فإذا كان قبل الرؤية لا يعتبر إجازة ولا يسقط خياره ، ومثل ذلك كل تصرف لا يترتب عليه ثبوت حق لغير العاقدين ، أمـا إذا كان تصرفاً يترتب عليه حق لغير العاقدين كما في البيع والهبة فإنه يعتبر إجازة سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

وسبب هذه التفرقة : أن خيار الرؤية حق أثبته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها ، فلو قلنا بسقوطه قبل الرؤية لكان إسقاطاً قبل الثبوت ، ولولا أن التصرف الذي يترتب عليه حق لغير العاقدين فيه حق لغيرهما ، وحق الغير يجب المحافظة عليه ولا يمكن استعمال حق الخيار إلا بإبطال ذلك الحق ، لولا ذلك لاضطرد الحكم ، ومن أجل ذلك اعتبر هذا التصرف إجازة مطلقاً سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

---

١ ـ انظر بدائع الصنائع حـ٥ ص ٢٩٥ .

ما يسقط به هذا الخيار :

١ – كل ما يدل على الرضى بالعقد سواء كان الرضى صريحاً أو دلالة كقبض المبيع والانتفاع به ، وإجارته وهبته وبيعه .

٢ – إذا تعذر رد المبيع بهلاكه ، أو تعيبه بعيب يمنع الرد سواء كان بفعله أو فعل غيره .

٣ – موت من له الخيار سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها ، عند من يمنع وراثة هذا الخيار – وهم الحنفية – لأنه رغبة ومشيئة .

المبحث الثالث

خيار العيب

خيار العيب[1] : أن يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين ، لم يطلع عليه عند العاقد .

فإذا اشتريت كتاباً فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه ، ذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد ، لتوقف الانتفاع الكامل عليها ، وهو مقصود للعاقدين من العقد ، فإذا فاتت لوجود عيب أثبت الشارع للعاقد حرية الإبقاء على العقد أو إلغائه ، فإذا رضي أمضى العقد . وإذا أبى أبطله .

ولذلك نجد الشارع في أحاديث كثيرة يحذّر من الغبن ، ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيب ، حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامل معهم ، وقد رفعت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قضية ابتاع أحدهما من صاحبه

---

١ ـ العيب في الاصطلاح الفقهي ما ينقص القيمة عند التجار ، أو يفوت غرض المتعاقدين ، ومن العيوب ما يغتفر ولا يكون له أثر في لزوم العقد ، ومن العيوب ما يغتفر ويتعيب محل العقد به كشرود البعير أو ينقص قيمة السلعة مع وجود العيب كعرج الدابة أو عورها . أو تفوت مع وجوده رغبة للعاقد فيه كأن يصنع الصانع الحذاء ضيقاً .

غلاماً فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً، فأراد أن يرده إلى من اشتراه منه فأبى الآخر ، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم برد الغلام على مالكه الأول ، فقال البائع : لقد استغل غلامي يا رسول الله . فقال له عليه السلام « الخراج بالضمان[1] » .

العيب الذي يثبت به الخيار :

اختلف الفقهاء في تحديد العيب ، ففوضه الحنابلة إلى العرف . وأدار الحنفية الأمر على نقص القيمة ولو يسيراً، فقالوا إن العيب الذي تنقص بسببه قيمة الشيء عند التجار وأهل الخبرة ولو كان نقصاً يسيراً يثبت به خيار العيب — أما الشافعية فقالوا إنه العيب الذي تنقص بسببه القيمة ، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب عدم وجوده في مثل هذا المحل ، فإذا اشترى ثوباً فوجده ضيقاً كان ذلك عيباً يثبت به خيار الرد للمشتري وإن لم يتسبب عنه نقصان القيمة .

شروط ثبوت هذا الخيار :

يشترط لثبوت خيار العيب الشروط الآتية :

١ — أن يكون ذلك العيب موجوداً في محل العقد قبل أن يتسلمه المتملك ، سواء أكان وجوده سابقاً على العقد ، أم حدث بعد العقد وقبل القبض ، أما إذا ظهر عند المشتري وحدث والمبيع عنده فلا خيار له ، لأن المعقود عليه وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد فلا معنى لثبوت الخيار في هذه الحالة الأخيرة .

---

١ ـ معناه أن الشيء الذي تكون مؤنته على شخص إذا تلف يكون تلفه عائداً عليه ،وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة به سواء انتفع بها بنفسه أو تناول غلتها . والمراد ما أخذه المشتري من غلته أو اجرته هو مباح له بسبب هذا الضمان . ويسري هذا الحكم في كل شيء رده مشتريه بسبب عيب .

٢ ـ ألا يرضى المتملك بذلك العيب، وهذا الرضى يتحقق بعلمه بوجود العيب وقت التعاقد ، أو بتصرفه في المعقود عليه تصرف المالك بعد علمه بوجوده وهو تحت يده .

٣ ـ ألا يزول ذلك العيب بعد القبض ، فمن اشترى حيوانـاً مريضاً بمرض خفي عليه عند التعاقد ، ثم ظهر بعد القبض ، ولكنه شفي من هذا المرض قبل طلب الفسخ أو بعده ، وقبل أن يقضى به سقط حقه في الطلب ، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة للرضا ، وبعـــد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا .

٤ ـ ألا يشترط المملك في العقد براءته من العيوب التي تظهر في محل العقد، كما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا الحيوان ولست ملزماً بما فيه من العيوب ، أو قال للمشتري ليس من حقك أن ترده بخيار العيب وقبل المشتري ذلك فإنه لا يملك فسخ العقد بأي عيب عند الحنفية ، وخالف أكثر الأئمة فقالوا إن هـذا الشرط غير صحيح، فإذا ظهر في المبيع عيب قديم كان للمشتري خيار رده، ولا عبرة للشرط السابق .

فإذا تحققت الشروط المذكورة ثبت خيار الرؤية من غير اشتراط في العقد .

توقف خيار العيب على القضاء :

يرى الحنابلة والشافعية أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد، ورد المعقود عليه إلى مالكه الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره ، أو حكم حاكم سواء كان الرد قبل القبض أو بعده ، فمتى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسئول عن المبيع .

وفصّل الحنفية : فقالوا إن كان الرد بعد القبض ، فلا بد في بطلان العقـد من رضى الآخر أو قضاء القاضي عند إبائه ، وإن كان الرد قبـــل القبض وفي حضرة الطرف الآخر انفرد به صاحب الخيـــار ، على معنى أنه لو قال بحضرة

العاقد الآخر أبطلت العقد أو فسخته بطل العقد وانفسخ وإن لم يقبل الآخر ، وإن كان في غيبة الطرف الآخر لا ينفسخ إلا إذا علم به .

والسر في هذا التفصيل : أن العيب الذي ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون جديداً لا يوجب الرد ، كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له ، ومثل هذا يكون مثار نزاع غالباً بين المتعاقدين ، فلذلك شرط إما التراضي أو قضاء القاضي ، لأن كلا منهما قاطع للنزاع ، أما العيب الذي ظهر بعد القبض فإنه لا يستطيع المالك إنكاره أو دعوى حصوله عند المتملك ، فلا يتصور فيه نزاع ، فثبت الحق لمن له الخيار منفرداً .

على أن رضى المملك بالرد عند الحنفية كما يتحقق بالقول يتحقق بغيره كتسلم المعقود عليه من المتملك عند رده عليه .

وقت هذا الخيار :

ليس لهذا الخيار وقت محدد بعد العقد كما في خيار الشرط ، بل ذلك يثبت متى ظهر العيب الموجب للرد ، حتى ولو كان بعد العقد بزمن طويل ، وهذا لا خلاف فيه .

واختلفوا هل يجب على الفور بمجرد ظهور العيب ، أو على التراخي ؟

فذهب البعض إلى اشتراط كونه على الفور ، وقالوا إن تأخير الرد بدون عذر مسقط لحقه في الرد ، وقدر بعضهم الفور بيومين ، وبعضهم فوضه إلى العرف ، فما تعارفه الناس تراخياً في الرد يسقط الخيار ، وما لم يتعارفوه كذلك يكون فوراً غير مسقط له .

ويذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط الفورية ، وأجازوه على التراخي ، فمتى ثبت الحق استمر ، وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال الوقت أم قصر ، ما لم يوجد ما يدل على الرضى بالعيب ، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المحقق ،

فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن التأخير بما يدل على الرضى ، ولأن الأصل في الحقوق إذا ثبتت أن تستمر ما لم يوجد توقيت لها ، وهو لم يوجد حيث لا دليل عليه .

العقود التي يثبت فيها خيار العيب :

يثبت خيار العيب في عقود المعاوضات التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين « أي التشخص » — أما عقود غير المعاوضات ، وعقود المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فلا يدخلها خيار العيب ، لأن المعقود عليه إن تحققت أوصافه صح قبضه ، وإن لم تتحقق هذه الأوصاف فلا يكون محل العقد موجوداً .

ولهذا يثبت خيار العيب في عقود البيع الواردة على أعيان مشخصة ، كما يثبت في الإجارة، وقسمة الأعيان القيمية، والصلح إذا كان بدله عيناً مشخصه، فإذا وجد عيب في المعقود عليه في عقد من هذه العقود الأربعة سواء كان العيب فاحشاً أو يسيراً ثبت الخيار لمتملكه ، إن شاء أبقى العقد ، وإن شاء فسخه .

ويثبت أيضاً خيار العيب بشرط أن يكون العيب فاحشاً في المهر ، وبدل الخلع والصلح عن دم العمد .

أما عقد الزواج: فيفرق الفقهاء بين عيب الزوج والزوجة في ثبوت خيار العيب؛ فأثبتوا للزوجة حق طلب الفسخ إذا كان الزوج عنيناً أو مجبوباً أو خصياً، وقد أجاز محمد بن الحسن للزوجة هذا الحق أيضاً إذا كان مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص— وفي الزيلعي والبدائع إن هذه العيوب على سبيل التمثيل لا الحصر — ويطلق الفقهاء على هذا الحق « التفريق لسبب العيب[1] » .

هذا ويلاحظ أن خيار العيب يشترط فيه أن يكون العيب موجوداً قبل

---

١ - راجع للمؤلف « الفقه المقارن للأحوال الشخصية » الجزء الأول ص ٤٣٦ وما بعدها .

التعاقد أو بعده وقبل الاستلام ، بحيث لو وجد بعد ذلك عيب لا يعتبر موجباً للفسخ . لكن للزوجة هذا الحق إذا وجد في الزوج عيب لم ترض الزوجة بمعاشرته معه .

أما إذا كان بالزوجة عيب جنسي غير ظاهر، وفي إعلانه والفسخ بسببه إضرار بسمعتها فقال الحنفية ليس للزوج حق طلب فسخ العقد ، واثبت ابن القيم خيار الفسخ بكل عيب يكون بأحد الزوجين من شأنه أن ينفر الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح .

أثر خيار العيب في العقد :

لا يؤثر هذا الخيار في ترتب أحكام العقد باتفاق، وإنما له تأثير في لزوم العقد فيمنع هذا اللزوم بالنسبة لمن ثبت له الخيار ، فيكون مخيراً بين إمساك المعقود عليه والرضى به كما هو، وبين رده إلى مالكه الأول فيبطل العقد ويصير كأن لم يكن ، وليس له أن يمسك محل العقد ويطالب بالنقصان ، لأن السلامة من العيب وصف ، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها، تابعة للمعقود عليه وإلا إذا صارت مقصودة فيقابلها جزء منه ، ولكن إذا رضي البائع بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المبيع المعيب عليه جاز ذلك ، ويجعل حطاً من الثمن وهو جائز مشروع .

موانع الرد بخيار البيع :

حق الرد لمن له خيار العيب ثابت ما لم يوجد مانع يمنع منه ، والموانع كثيرة منها :

١ - إذا أسقط الخيار صريحاً . كما إذا قال أسقطت الخيار ، أو دلالة كما إذا أبرأ المشتري البائع من هذا العيب، فإن الإبراء يحمل في طيه إسقاط الخيار.

٢ - إذا رضي من له الخيار بالعيب ، لأنه الرضى به دليل على أن سلامة

المعقود عليه ليست مقصودة له ، ولا يتوقف رضاه بالعقد عليها ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإثبات الخيار ، لأن الأصل هو لزوم العقد ، ويستوى في ذلك الرضى الصريح كأن يصدر منه قول يدل على ذلك نحو رضيت بالعيب أو أمضيت العقد ، أو التزمت به ، وما شاكل ذلك . والرضى دلالة كأن يتصرف فيه تصرف المالك – بعد أن يعلم بالعيب – بأن يؤجر لغيره أو يرهنه أو يعيره أو يستغله هو بنفسه ، كما إذا كانت دابة فركبها ، أو داراً فسكنها ، أو ثوباً فصبغه ، وكذلك لو أخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة سواء كان عالماً بالعيب أو غير عالم به ، لأنه بتمليكه للغير تعلق به حق لذلك الغير ، فيمتنع الرد محافظه على ذلك الحق .

٣ – إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء كان هذا العيب نقصاً في ذاته ، أو بما ينقص قيمته ، وهذا المنع مراعاة لحق المالك ، وإذا كان التعيب مانعاً من الرد لما فيه من الضرر فلا يتصور الرد بعد هلاكه ، وقريب من هذا إذا تغير تغيراً تاماً كأن يكون قمحاً فطحنه وما شاكل ذلك .

٤ – زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب والبناء ، وغرس الأشجار في الأرض – أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والثمر من الشجر إذا كانت حاصلة بعد القبض .

وإنما امتنع الرد في الحالة الأولى لأن الرد لا يكون إلا لمحل العقد وحده حتى يكون فسخاً ، وهذه الزيادة لا يمكن فصلها عن محل العقد ، فيتعذر رد المحل وحده ، فلو رده مع الزيادة يكون ربا .

وأما الحالة الثانية « الزيادة المنفصلة » فامتنع الرد فيها لأن الرد إن كان بدون الزيادة أخذها المتملك بدون عوض فتكون ربا ، ولو رده مع الزيادة يأخذها الآخر بدون مقابل .

وما عدا ذلك كالزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض ، والزيادة المنفصلة إذا لم تكن متولده منه كالغلة مثـــلاً ، والزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان إذا كان هزيلاً أو كبره إذا كان صغيراً ،فهذه كلها لا يمتنع معها الرد .

ومذهب الشافعية والحنابلة أن الزيادة لا تمنع الرد متصلة كانت او منفصلة سواء حصلت قبل القبض أو بعده .

وهنا يثور سؤال : هل يسوغ للمشتري مع هذا الامتناع للرد أن يرجع على المملك بالنقصان .

والجواب : أنه يجوز للمشتري الرجوع في بعض الصور . ويمتنع في بعضها .

فيجوز له الرجوع إذا هلك المعقود عليه أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله . وكذلك إذا تعيب بفعله أو استهلكه كأن يكون طعاماً فأكله . أو قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً بشرط ألا يكون عالماً بما فيه من العيب ، فإن كان عالماً به لا يرجع بالنقصان لأنه بفعله هذا يكون راضياً بالعيب ، وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الرد .

إرث خيار العيب :

إذا مات من له خيار العيب قبل أن يختار إمضاء العقد أو فسخة لم يسقط الخيار بموته بل يكون لورثته من بعده هذا الحق ، وهذا لأن المورث استحق المعقود عليه سليما من العيب فلا يجبر الوارث على أخذه معيباً بل يثبت له ما كان ثابتاً لمورثه .

وإنما جرى الميراث في هذا الخيار ولم يجر في خيار الشرط وخيار الرؤية لكون العيب يتعلق بالعين ويؤدي إلى نقصان قيمتها ، وفي عــدم ثبوت الخيار للورثة إضرار بهم ، والضرر يجب إزالته شرعاً ، ولا يمكن إزالة الضرر عنهم إلا بنفعهم هـــذا الحق ، وليس خيار الرؤية والشرط إلا مجرد مشيئة وإرادة

وهما من صفات الموروث الشخصية التي لا تقبل الانتقال من شخص إلى آخر بطريق الوراثة .

المبحث الرابع

خيـــار المجلس

خيار المجلس : أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار العقد ، ومعناه أن العقد لا يكون لازماً إلا بتفرق العاقدين وإنهاء مجلس العقد ،ويكون لازما قبل تفرقهما إذاخير أحدهما الآخر فاختار العقد ، وقبل ذلك يكون لكل منهما حق فسخ العقد ما داما في المجلس .

وقد اختلف الفقهاء في إثبات هذا الخيار فالجمهور على إثباتـه ، والحنفية وأكثر المالكية على عدم ثبوته – والقائلون بثبوته قصروه على العقود اللازمـة من الجانبين القابلة للفسخ كالبيع والسلم والصرف ، وبيع التولية وهو بيع الشيء بمثل ما اشتري به . وكذلك ما كان في معنى البيع كالهبة بعوض ، وصلح المعاوضة ، والاجارة ، وهذا لأن الدليل وإن كان وارداً في البيع إلا أن ما كان في معنى البيع يقاس عليه .

ولا يثبت هذا الخيار في العقود التي لا تلزم من الجانبـين كالعارية والوديعة والوصية والوكالة ، وكذا العقود اللازمة من جانب واحد كالرهن والكفالة لعدم الحاجة اليه وإمكان فسخها في أي وقت

وأيضاً العقود اللازمة ولكنها لا تقبل الفسخ من الجانبين كالزواج والخلع لا يثبت فيها خيار المجلس لعدم حاجتها إلى هذا الخيار حيث إنها لا تتم إلا بعد تفكر وروية . وخيـار المجلس شرع لتدارك الغبن الذي قد يلحق أحـد المتعاقدين من قبوله فور الإيجاب من غير روية ، وهـذا يكون في البيـع وأمثاله .

استدل من نفي خيار المجلس :

بأن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود فقال سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، والعقد يتحقق بمجرد الإيجاب والقبول من غير انتظار لآخر المجلس فيجب الوفاء به ،والخيار مناف لذلك فإن الراجع عن موجب العقد قبل التفرق لم يف به .

وكذلك استدلوا بقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فإنه دال على تمام البيع بمجرد التراضي ، وقد ثبت التراضي بصدور مايدل عليه وهو الإيجاب والقبول فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

أما القائلون بخيار المجلس فاستدلوا لاثباته :

بما رواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع فهذا الحديث ينطق بأن عقد البيع لا يلزم إلا بأحد أمرين : انتهاء مجلس العقد دون رجوع أحد العاقدين عنه ، أو يقول أحدهما بعد الايجاب والقبول لصاحبه اختر إمضاء العقد أو فسخه ، فيختار الطرف الآخر الإمضاء .

وهذا الحديث وإن كان وارداً في عقد البيع إلا أنه يقاس عليه كل ما هو في معناه من عقود المعاوضات المالية ، لتحقيق المعنى الذي من أجله ثبت في البيع وهو التروي .

ومما يؤيد هذا الفهم أن راوي الحديث وهو ابن عمر كان إذا باع أو اشترى وأراد إنفاذ العقد مشى قليلا ثم رجع ، لينقطع بذلك مجلس العقد ، وهذا دليل على أن العقد غير لازم خلال مجلس العقد .

وقد وقف الحنفية من هذا الحديث موقف التأويل ، فقالوا إن المراد

بالمتبايعين هما المتساومان قبل العقد، فإن المتساومين بالخيار بين عقد البيع وعدمه، كما قالوا المراد بالتفرق في الحديث هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان، على معنى أن للموجب أن يرجع في إيجابه قبل أن يتصل به القبول، وللطرف الآخر الخيار ما لم يوجد منه القبول، وهذا ما يسمي خيار القبول، أو خيار الرجوع .

ولكن الحق أن تأويل الحنفية تأويل بعيد، إذ لو كان المراد بالمتبايعين المتساومين، وبالتفرق تفرق الأقوال، لكان الحديث خالياً عن الفائدة ساقط المعنى، ذلك أن العلم واقع بأن المشتري ما لم يوجد منه قبول فهو بالخيار، وأن البائع مخير في ملكه قبل الانعقاد، ومثل ذلك لا يحتاج إلى دليل يثبته

فكان الحديث مثبتا خيار المجلس، ومتفقا مع ما ورد في قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » إذ المراد بالعقود في الآية ما كان خالياً من الخيارات، بدليل جواز فسخ العقود التي ثبت فيها خيار الشرط، كما أن الحديث لا يتنافى مع قوله تعالى « تجارة عن تراض » لأن هذا الخيار مشروع ليكون التراضي تاماً، فالراجح القول بثبوت خيار المجلس .

المبحث الخامس

خيار التعيين

هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه، ومعناه أن يرد عقد على شيئين أو ثلاثة مختلفة في الثمن والصفة، ثم يكون للمشتري مثلاً حق تعيين هذا الواحد، فيصبح العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة .

ولم تتفق كلمة الفقهاء في ثبوت هذا الخيار، فأجازه أبو حنيفة وصاحباه استحساناً، ومنعه أكثر الفقهاء وزفر من الحنفية، وهذا المنع هو القياس .

لأن المبيع مجهول في مثل هـــذا البيع ، ومن شروط صحة عقد البيع معلومية المبيع .

وجه الاستحسان : أن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من المعاملة،إذ قد يكون المشتري ليست عنده الخبرة الكافية بأحوال السلع فيحتاج إلى الاستعانة برأي أربابها ، كما أنه ربما يكون مشترياً لغيره ممن لا يستطيع الحضور إلى البائع ، ولا يرضي التاجر أن يمكنه من حمل السلعة إلى صاحب الشأن ليختار منها ما يشاء إلا إذا تعاقد ، فيكون مثل هذا العقد مع هذا الخيار مخلصاً ، فيشتري الوكيل او الرسول واحداً من عدة أشياء ، ويأخذ الكل ليعرضه على صاحب الشأن ليختار منها ما يشاء ، ثم الجهالة هنا لاخطر فيها لأنها لا تفضي إلى النزاع لتعيين ثمن كل سلعة مما جعل فيه الخيار .

ما يثبت فيه هذا الخيار :

لا يكون خيار التعيين إلا في المعاوضات المالية التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع والهبة بعوض والقسمة وغير ذلك ، لأن هذا الخيار ثابت على خلاف القياس فيقتصر فيه على قدر الحاجة ، وأثبت الحنفية هذا الخيار للمشتري دون البائع ، وقال الكرخي من الحنفية بثبوته للبائع أيضاً قياساً ، ولكن الراجح هو الرأي الأول ، لأن البائع لا حاجة له اليه ، فهو مطلع على الشيء الذي يبيعه غالباً ، وقد عقد العزم على بيعه ،وما جاز استحساناً على خلاف القياس لا يتوسع فيه إلا لحاجة .

شروطه :

اشترط الفقهاء لصحة العقد مع خيار التعيين أربعة شروط ، إذا لم يتحقق واحد منها فسد العقد .

١ – أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر ، لأن في الثلاثة موضعاً للخيار لمن يريد ، إذ فيه الجيـــد والوسط والرديء ، فما زاد يكون مكرراً لاحاجة اليه فيبقى على المنع .

٢ – أن تكون هذه الاشياء متفاوتة فيا بينها ، وإلا كان الخيار عبثاً .

٣ – أن تكون معينة محددة الثمن ، فإذا كانت غـير معينة كما لو باع ثوبا من ثوبين ، من غير تعيين كان المبيع مجهولا جهـالة فاحشة تفضي إلى النزاع فيفسد العقد .

وكذلك لو كانت معينة والثمن غير محدد لكل منها ، لأن البيع يقع على واحد غير معين ، والبيع لا يصح إلا بثمن محدد .

أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأي الراجح عند الحنفية حتى يتبين كل واحد من العاقدين موقفه بعدها ، ولا تزيد تلك المدة عن ثلاثـــة أيام عند أبي حنيفة ،فإن زادت عن ذلك فسد الشرط والعقد،وقال الصاحبان يجوز تحديدها بأكثر من ثلاثة أيام ، وهذا أرفق بالناس .

هذا واشتراط تحديد المدة في خيار التعيين إذا لم يكن معه خيار الشرط ، فإن كان معه استغنى عن تحديدها بتحديد مدة خيار الشرط .

فإذا اجتمع في عقد واحد خيار الشرط وخيار التعيين ، وحدد لكل منهما مدة ، فيكون ابتداء مدة خيار التعيين بعد الإجازة بخيار الشرط او مضى مدته إن لم توجد اجازة ، ويلزمه التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط ، لأن ذلك هو الوقت الذي يلزم فيه البيع في واحد غير معين،فيصير المشتري شريكاً للبائع فيجبر على التعيين .

أما شرطية خيار الشرط لصحة خيار التعيين .

فقد اختلف الحنفية في ذلك ، فالأكثرون على أنه شرط فلا بـد من ذكر

الأمرين ، وعلى هذا يكون لصاحب الخيار الحق في اختيار واحـــد من المخير فيها ويمضي العقد ، أو يرد الكل ويفسخ العقد ، فيكون العقد على هذا الرأي غير لازم .

وذهب جماعة إلى عدم شرطية خيار الشرط في خيـار التعيين ، وهو رأي جيد ، لأن الحاجة قد تدعو الى التعيين وحده ، وعلى هذا يكون العقد لازماً بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من له الخيار أن يعينه ، وليس له رد الكل إلا إذا تراضيا على خيار التعيين .

هذا وليس لمن له خيار التعين أن يشتري الجميع بنفس الصيغة ، لأن الإيجاب والقبول وردا على عين واحدة غير معينة ، فالمبيع في الحقيقة أحدهما ، والآخر أمانة . ولذا لو هلك أحدهما بعد القبض تعين فيه البيع لاستحالة الرد ، ولو هلكا معاً لزمه نصف ثمنهما معاً لشيوع البيع والأمانة فيهما ، أما إذا احتجز السلعتين بالثمن وقبل البائع فهو عقد جديد بقبول جديد .

أثر هذا الخيار على العقد :

مما تقدم يعلم أن أثر خيار التعيين في العقد يختلف عند الفقهاء ، فمن يرى أنه مثل خيار الشرط يكون أثره عنده أنه يجعل العقد غير لازم ، ومن يرى أنـه ليس مثله يكون أثره في اختيار محل العقد والعقد معه لازم ، غير أن الرأيين متفقان على أن أحكام العقد ثابتة له من وقت وجوده ، ولكن على أنها لازمـة عند البعض ، وغير لازمة عند البعض الآخر .

ما ينتهي به خيار التعيين :

١ ـ تعيين محل العقد باختيار أحد الأشياء المخير فيها سواء أكان ذلك

صراحة كقوله أخذت هذا ، أو رضيت به، أو كان بطريق الدلالة بأن يتصرف في أحد المبيعين تصرفا يدل على رضاه به ، كأن تكون شاة فيذبحها ، أو ثوبا فيخيطه ، أو سيارة فيؤجرها .

٢ ـ هلاك أحد المبيعين في يد المشتري بعد القبض ، فإن الهالك يتعين محلا للعقد وعليه ثمنه ، والثاني يكون أمانة في يده ، أما إذا كان الهلاك عند البائع فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك .

٣ ـ تعيب أحد الشيئين بعد القبض بعيب يمنع الرد ، لامتناع الرد بسبب العيب فيثبت البيع في المتعيب ضرورة .

وراثة هذا الخيار :

إذا مات من له الحق في التعيين قبل تعيينه كان لورثته أن يحلوا محله عند الحنفية باتفاق علمائهم ، ولكن هل ثبوته للورثة بطريق الوراثه عن الميت ، أو يثبت لهم ابتداء اختلف علماء الحنفية في ذلك ، والراجح ثبوته ابتداء لا بطريق الوراثة ، لأن الحقوق المحضة لا تورث عندهم ، لأنها مجرد رغبة ومشيئة ، فهي حقوق شخصية ، وإنما ثبت هذا للورثة ابتداء ليتميز ملكهم من ملك البائع ، فلو مضت المدة من غير تعيين أجبر الوارث على التعيين ،ودفع ثمن ما عينه من تركة مورثة، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط ومات صاحب الخيار سقط خيار الشرط لأنه لا يورث ، وبقي خيار التعيين للورثة لما قدمنا .



المبحث السادس

خيار النقد

هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة فلا بيع بينهما ، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع ، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسداً إذا بقي المبيع على حاله ، وقد يثبت هذا الخيار للبائع ، كما إذا تبايع اثنان وقبض البائع الثمن وقال : إن رددت الثمن في هذه المدة فلا بيع بيننا وقبل الآخر ، فإنه يكون للبائع حق رد الثمن في هذه المدة ، فإن رده فسد البيع ، وإن لم يرده تم العقد .

وقد قال بهذا الخيار الإمام أبو حنيفة وصاحباه استحساناً ، والقياس يأباه لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، وهو دفع الثمن في المدة المحددة ، والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التمليك فيفسد العقد ، لأنه لو شرطت فيه إقالة صحيحة يفسد ، فبالأولى لو شرطت فيه إقالة فاسدة — وبالقياس قال أكثر الأئمة وزفر من الحنفية .

وجه من قال بثبوت خيار النقد وهو وجه الاستحسان : أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع من الشرط ، وهو في الحقيقة نوع من خيار الشرط ، لأنه لولا الشرط ما ثبت هذا الخيار فيكون ثابتاً بدلالة النص .

مدة هذا الخيار :

اختلف القائلون بهذا الخيار في مدته ، فقال أبو حنيفة أقصاها ثلاثة أيام ، وقال محمد وأبو يوسف في قوله الأخير يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإذا لم تحدد مدة ، أو كان مجهولة كأيام مثلاً فسد العقد باتفاق، وإذا حدد مدةمعلومة ثلاثة أيام فأقل صح باتفاق ، وإذا كانت أكثر من ثلاثة أيام فسد العقد عند أبي حنيفة وصح عند الصاحبين

وهـذا الخيار لا يورث باتفاق القائلـين به ، لأنه رغبة ومشيئة والرغبات لا تورث ، وهذا الحكم يستوي فيه أن يكون الخيار للبائع والمشتري غير أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لإمضاء العقد هو عدم رد الثمن وقد تحقق عدم الرد بموته .

وإذا كان الخيار للمشترى في نقد الثمن بطل البيع إذا مات ، لأن الذي يمضي العقد هو نقده الثمن ، ولكن بموته تعذر النقد حيث إنـه لم ينقده قبل موته ، ولا يخلفه ورثته في ذلك .

خاتمة

في بعض القواعد الفقهية

قدمنا عند الكلام على النظريات في أول القسم الثاني من هذا الكتاب، معنى النظرية، والفرق بينها وبين القاعدة، وإتماماً للفائدة بعد أن تكلمنا بإسهاب عن نظرتي الملكية والعقود، نعرض في هذه الخاتمة بعض القواعد الفقهية التي لها أهميتها.

القاعدة الأولى : الأمُورُ بِمَقَاصِدِهَا

ومعناها أن الشخص إذا عمل عملا، أو تصرف تصرفاً قولياً كان أو فعلياً، فإن نتائجه وأحكامه الشرعية تختلف باختلاف قصده لهذه الأعمال، وتلك التصرفات فمثلاً : من يقتل إنساناً متعمداً فحكمه يختلف عمن يقتل إنساناً مخطئاً، كما أن من يلتقط شيئاً مع قصد حفظه، وتعريفه ورده لصاحبه متى ظهر يكون أميناً، لا ضمان عليه إذا هلك هذا الشيء دون تعدٍّ منه ولا تقصير في حفظه، أما إذا التقط الشيء مع قصد أخذه لنفسه، فإنه يكون غاصباً، وعليه الضمان إذا هلك.

القاعدة الثانية : لا ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ[1]

الضرر إلحاق مفسدة بالغير .. والضِّرار مقابلة الضرر بالضرر

---

[1] ـ هذه القاعدة بلفظها نص حديث نبوي من قبيل الحسن . رواه مالك في الموطأ وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سننهما .

ومعناهـا : الدعوة إلى نفي الضرر ومنعه ، سواء كان خاصاً أو عاماً ، كما تفيد دفع الضرر قبل وقوعه بقدر الإمكان بطريق الوقاية ، فإن هو وقع فيرفع بما يمكن من التدابير التي تزيله، وتمنع تكراره — وكذا يفيد منع الضرار نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ، ولا ينتج عنـه سوى توسيـع دائرة الضرر ، ذلك لأن الإضرار — ولو على سبيل المقابلة — غـير جائز فلا يكون مقصوداً ، إنما يلجأ اليه عند الاضطرار ، وحيث لا يكون غيره أفضل منه وأنفع .

وعلى هذا من أتلف مال غيره مثلا ، لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله ، لأن في ذلك توسيع الضرر بلا منفعة ، وأفضل من الإتلاف أن يضمَّن المتلف قيمة مـا أتلفه ، لأن فيه نفعاً بتعويض المضرور ، وتحويـل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي . فإنه سيان بالنسبة إليه إتلاف ماله ، وإعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الأول ، فأصبحت مقابلة الإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة .

وقد بنى الفقهاء على هذه القاعدة أحكاماً كثيرة منها .

١ — أن مدة الإجارة للأرض الزراعية إذا انتهت قبل أن يستحصد الزرع تبقى في يد المستأجر بأجر المثـل حتى تستحصد ، منعاً للضرر على المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

٢ — أن من باع شيئاً مما يتسارع إليه الفساد كالفواكه مثلا ، وغاب المشتري قبل نقـد الثمن ، وقبض المبيع ، وخيف فساده ، فللبائع أن يفسخ البيع ، ويبيع من غيره دفعاً لضرره .

٣ — أن من اشترى شيئاً ثم آجره ، ثم أطلع على عيب قديم فيه يعتبر هـذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة، ليتمكن من رده على بائعه ، إزالة للضرر عـن نفسه ، والإجارة تفسخ بالأعذار كما هو مقرر فقها .

٤ — في كل صور الاضطرار إلى دفع الدين عـن الغير بلا إذنه ، لا يعتبر الدافع متبرعاً ، بل يحق له الرجوع على المدين بما دفعه منعاً للضرر عن نفسه .

القاعدة الثالثة : السَّاقِطُ لا يَعُود

ومعناها أن ما يسقط من الحقوق بسبب أسقطه ، يصير بسقوطه معدوماً، فلا يعود كما لا يعود المعدوم .

وعلى هذا : إذا سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن ، فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك ، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن ، وطلبه منه .

وكذلك لو ابرأ الدائن مدينه سقط الدين ، فلا تمكن استعادته إذا ندم الدائن ، وأيضاً إذا أسقط صاحب العقار المرتفق حق الارتفاق بالمرور أو المسيل لعقار في أرض الغير أو داره ، سقط هذا الحق ، وليس له الرجوع فيه .

القاعدة الرابعة : الغُرْمُ بِالغُنْم

ومعناها : أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً . وعلى هذا تكون نفقة رد العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير بخلاف الوديعة ،فإن تكالف ردها على المالك المودع ، لأنه الإيداع لمصلحته، كما أن أجرة كتابة الصك المثبت للمبايعة يكون على المشتري ، لأنه لتوثيق انتقال الملكية إليه ، وكذلك بيت المال يتحمل نفقة اللقيط « وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب » فتعود تركته إلى بيت المال إذا مات .

القاعدة الخامسة : المُبَاشِرُ ضَامِنٌ وإنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ

المباشر : هو الذي يحصل الأثر بفعله ، والمراد به ههنا من يباشر عملا مضراً بغيره — ومعناها أن من يباشر إتلافا بأي وسيله كانت فهو ضامن سواء كان عامداً أو مخطئاً — فلو زلقت رِجْلُ إنسان فسقط على شيء لغيره فأتلفه ، أو أضره ، أو طارت شرارة من دكان حداد فأحرقت ثوب شخص ، أو انقلب طفل على آنية شخص فكسرها ، كان كل أولئك ضامنين ما أتلفوا .

القاعدة السادسة : المتسبِّبُ لا يَضْمَنُ إلاَّ بِالتَعَمُّدْ

المتسبب في حادثة ما : هو الذي يفعل ما يؤدي اليها، ولا يباشرها، فالذي يتسبب في ضرر الغير إذا انفرد بالتسبب وكان متعدياً يكون ضامناً ، فمن حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن من ولي الأمر ، أو كان بإذنه ، ولكنه أهمل في بعض القيود « كما لو أذن له بالحفر على أن يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها » فوقع فيها إنسان أعمى أو حيوان ، فإن المتسبب وهو الحافر يضمن ضرر الأنفس والأموال ،وكذلك لو قطع شخص حبل ثريا معلقة في سقف ، أو شق زق سمن فسال، أو فتح باب قفص أو اصطبل حتى فر الطائر أو الدابة، فإنه يضمن في كل ذلك .

أما إذا لم يكن المتسبب متعدياً ، كمن حفر حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر متبعاً القيود التي قيده بها ، فسقط فيها شخص أو حيوان فلا ضمان عليه .

فالمراد بالتعمد : هو التعدي لا القصد ، لأن مدار الضمان على التعدي لا على التعمد والقصد ، فإن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ ، بل حتى في حالة الاضطرار المبيح للمحظورات . ولهذا كان المجنون الذي يصيح بدابة آخر فتجفل وتضر بمال أو نفس ، ضامناً لما أتلفت الدابة ، وإن كان لا يستحق عقوبة ، مع أنه في ذلك متسبب مباشر ، كما أنه لا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر .

القاعدة السابعة : إذا اجْتَمَعَ المُبَاشِرُ والمُتَسَبِّب يُضَاف الحكمُ إلى المباشِر

يكون اجتماع المتسبب والمباشر في حادثة : بتخلل فعل شخص آخر مختار بين عمل المتسبب ، وحدوث الحادثة ، فهذا الشخص الآخر يكون مباشراً ، فيضاف الفعل إليه ، ويكون هو الضامن للضرر ، وإن كان المتسبب أيضاً متعدياً ، لكن وجد منه من هو أولى بتحمل التبعة .

ولهذا كان من حفر في الطريق العام حفرة دون إذن ، فجاء شخص آخر ، وألقى في الحفرة حيواناً لغيره ، كان هذا الملقى هو الضامن دون الحافر — أما لو سقط الحيوان من نفسه في الحفرة ، فإن الحافر يكون هو الضامن .

وكذلك من دَلَّ انسانا على مال غيره فسرقه ، يكون الضمان على اللص لا على الدال ، أما لو دل الوديع على مكان الوديعة التي عنده لصاً فسرقها ، فإن الوديع يضمن لأنه متعهد بالحفظ ، لأن هذه الدلالة تقصير أو خيانة ، فتوجب عليه الضمان ولصاحب الوديعة تضمين اللص أيضاً إن عرف لأنه مباشر ضامن على كل حال .

القاعدة الثامنة : إعمالُ الكَلامِ أولى مِنْ إهمَالِه .

معنى إعمال الكلام : إعطاؤه حكما، وإهماله عدم ترتيب ثمرة عملية عليه ومعنى القاعدة : أن اللفظ الصادر في مقام التشريع ، أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم ، وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم ، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد، لأن خلافه إهمال وإلغاء، وكلام العقلاء يجب أن يصان عن الإلغاء ما أمكن.

وعلى هذا: لو أقر شخص بألف عليه لآخر بموجب صك ، ولم يبين منشأها، ثم أقر ثانية في صك آخر بألف كذلك ، فإنه يطالب بالألفين ، ولا يقبل قوله إنهما واحد .

وكذلك لو طلق شخص زوجته بقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، تطلق طلقتين قضاء ، ولا تحمل الثانية على أنها تأكيد للأولى ، ما لم تقم قرينة على قصد التأكيد لأن الأصل في الكلام التأسيس [1]. أما ديانة فإذا كان ناويا التأكيد فهما طلقة واحدة .

---

١ – التأسيس : أن يفيد الكلام فائدة جديدة غير ما أفاده سابقه .

القاعدة التاسعة : إذَا تعَذَّرَ الأصْلُ يُصَارُ إلى البَدَلْ :

وعلى هذا يجب رد عين المغصوب ما دامت قائمة ، فإذا هلك يرد بـدله من مثل أو قيمة – وإذا تعذر رد المبيع المعيب لمانع شرعي ، كما لو كان المبيـع ثوباً فصبغه المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم ، يسترد المشتري مـن البائع فرق نقصان العيب ، – وطريقة تحديد هذا الفرق تكون بتقويم المبيع سليما ،وتقويمه معيباً ، فما ينقصه العيب من قيمة السليم ينقص بنسبته من الثمن ، فلو كان الثمن المتفق عليه في العقد خمسين ، ثم قدرت قيمة المبيـع سليما بمائة ، ومعيباً بخمسين ، كان فرق العيب خمسين في المـائة من القيمة ، أي نصفهـا ، فيسترد نصف الثمن ، أي خمساً وعشرين .

القاعدة العاشرة : المَشَقَّةُ تَجلِبُ التَّيسِيرَ :

ذلك لأن في المشقة إحراجاً ، والحرج ممنوع عــن المكلف بنصوص الشرع وهذه القاعدة هي من القواعد الكبرى ، التي هي من أسس التشريع الإسلامي والمراد بالمشقة الداعية إلى التخفيف ، هي المشقـة المتجاوزة للحدود العادية ، أما المشقة العادية التي يستلزمها عادة أداء الواجبات ، والتي لا يخلو منها عمـل وتقتضيها الحياة الطبيعية ، فلا مانع منها ، بـــل لا يمكن أن تنفك التكاليف المشروعة عنها ، لأن كل واجب لا بد وأن يكون مشتملاً على مشقه ، كمشقة اكتساب المعيشة ، والصلاة والصيام في حال الصحة ، والجهاد لدفع الأعـداء ، فكل من هذه التكاليف والواجبات يشتمل على نوع مشقة تستلزمها طبيعته ، وتختلف بحسب درجتها ، وهـذه المشقة لا تنـافى التكليف ، ولا توجب التخفيف [1] .

ولهذا جعل الشارع المرض والسفر رخصة في الواجبات الدينية ، يسقط بها بعضها كصلاة الجمعة ، ويؤخر بها بعضها كالصيام .

---

١ ـ الموافقات للشاطبي حـ٢ ص ١١٩ .

وفي الحقوق المدنية ، كان التقادم « مرور الزمان » مانعاً من المطالبة بالحقوق ، ويمتنع أو يتوقف بعذر نقص الأهلية أو السفر ، وإلا كان في ذلك حرجاً لأصحاب الحقوق — والخطأ في الأفعال والتصرفات يبدل الأحكام العامة المقررة لها في حال العمد ، لأن في المؤاخذة على الخطأ كالعمد إحراجاً عظيماً للمكلفين .

وفي الحقوق المدنية أيضا يبطل الغلط العقد تارة ، ويسلب لزومه تارة أخرى ، لأن الغلط في العقد نوع من الخطأ .

والنسيان يعفي الشخص من المسئولية عن ترك الواجبات الدينية ، وإن كان لا تأثير له في الحقوق والقضاء .

واعتبار عرف الناس في كثير من المواطن مبني على هذه القاعدة ما دام لا يصادم أسس الشريعة ، لأن عدم رعاية العرف ، وعدم اعتبار سلطانه حرجاً عظيما على الناس .

وقد تفرع على هذه القاعدة قاعدة : ألضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتْ
وهي قاعدة استفيدت من القرآن الكريم قال تعالى بعد تعداده طائفة من المحرمات .. « إلاَّ مَا اضْطُرِرتم إلَيْهِ » وعلى هذا يجوز للطبيب النظر لعورات الأشخاص إذا توقفت عليه مداواتهم — ومن يخشى الهلاك جوعاً في مكان ما ولم يجد سوى الميتة ، أو الخنزير ، أو الخمر ، أو مال شخص آخر غير مضطر مثله ، يجوز له بل يجب عليه أن يتناول منه لدفع الهلاك
كما تفرع على قاعدة المشقة تجلب التيسير قاعدتان :

الأولى : الضَّرُورَاتُ تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا :

ومعناها أنه لا يباح بالضرورة ، محظور أعظم محذوراً من الصبر عليها ، كما أن الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع الخطر ، ولا يجوز الاسترسال ومتى زال الخطر عاد الحظر .

فإذا احتيج لمداواة العورة ، يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه ، وبالنسبة إلى المرأة لا يجوز أن يطلع الطبيب على عورتها للتطبيب أو التوليد رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك ، لأن اطلاع الجنس على الجنس أخف محظوراً .

الثانية قاعدة : الأَمْرُ إذَا ضَاقَ اتَّسع

ومعناها : أن الضرورة العارضة إذا حصلت للشخص أو الجماعة ، وطرأت الظروف الاستثنائية ، وصار الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرجاً للمكلفين ، ومرهقاً لهم ، ويجعلهم في ضيق في التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع على الناس حتى يسهل ، ما دامت الضروزة قائمة ، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله .

وبعد فهذا ما قصدنا إلى إثباته في هذا الكتاب ، نحمد الله سبحانه أن وفقنا إلى إتمامه في غرة شهر جمادي الأولى من عام ١٣٨٨ الموافق ٢٦ من شهر يوليه (تموز) عام ١٩٦٨ والله أرجو أن ينفع به كل قارىء ، ويهدى به كل سالك ، إنه على ما يشاء قدير ، وهو نعم المولى ونعم النصير .

« تم بحمدالله وحسن توفيقه »

المراجع الهامة للكتاب

مراجع الكتاب

١ القرآن الكريم .
٢ تفسير الطبري لابن جرير الطبري .
٣ أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص .
٤ أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي
٥ الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد الأنصاري القرطبي .
٦ تفسير الحافظ ابن كثير .
٧ الناسخ والمنسوخ لابن حزم أبو عبدالله محمد بن حزم .
٨ الإتقان في علوم القرآن لجلال الدين السيوطي .
٩ تفسير المنار ، تفسير القرآن العظيم للسيد رشيد رضا
١٠ أسباب النزول للسيوطي .
١١ مسند أبي حنيفة النعمان بن ثابت .
١٢ الموطأ للإمام مالك بن أنس .
١٣ صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري .
١٤ شرح معاني الآثار في مشكل الحديث لأحمد بن محمد بن سلمة الطحاوي .
١٥ المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن خلف الباجي .
١٦ شرح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي .
١٧ تذكرة الحفاظ لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي .
١٨ ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي .

١٩ فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن محمد الكناني المعروف بابن حجر

٢٠ عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني

٢١ سبل السلام لمحمد بن اسماعيل بن صلاح الصنعاني .

٢٢ نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار للشوكاني .

٢٣ الخراج ليعقوب بن ابراهيم أبو يوسف .

٢٤ الرد على سير الأوزاعي لأبي يوسف .

٢٥ الأموال للقاسم بن سلام .

٢٦ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني

٢٧ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي .

٢٨ فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام .

٢٩ الأشباه والنظائر لزين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم المصري .

٣٠ الفتاوي الهندية أو العالمكيرية لجماعة من علماء الهند .

٣١ حجة الله البالغة في أسرار الأحاديث وعلل الاحكام للدهلوي .

٣٢ رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين عابدين المعروف بابن عابدين .

٣٣ المدونة الكبرى لمالك بن أنس رواية سحنون .

٣٤ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي .

٣٥ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب

٣٦ الأم لمحمد بن ادريس الشافعي .

٣٧ الأحكام السلطانية للماوردي .

٣٨ المهذب لأبي اسحق ابراهيم بن علي الشيرازي .

٣٩ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي .

٤٠ المغني على مختصر الخرقي لموفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي .

٤١ الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة المقدسي .

٤٢ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية .
٤٣ إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية .
٤٤ زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية .
٤٥ القواعد لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي .
٤٦ الإنصاف في بيان سبب الاختلاف للدهلوي ولي الدين .
٤٧ فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني .
٤٨ أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ علي الخفيف .
٤٩ عيون الأخبار لابن قتيبة عبدالله بن مسلم .
٥٠ فتوح البلدان لاحمد بن يحي بن جابر البغدادي « البلاذري »
٥١ تاريخ الأمم والملوك لابن جرير الطبري .
٥٢ الملل والنحل للشهرستاني .
٥٣ الروض الأنف شرح السيرة النبويةلابن هشام : للسهيلي .
٥٤ الكامل في التاريخ لابن الأثير .
٥٥ شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد .
٥٦ تاريخ التشريع الاسلامي للشيخمحمد الخضري
٥٧ العقيدة والشريعة لجولديسهر – ترجمة الدكتور محمد يوسفموسىوآخرين
٥٨ كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي .
٥٩ التعريفات للسيد الجرجاني .
٦٠ المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقا .
٦١ الفتاوي الانقروية لابن الحسين
٦٢ مقدمة ابن خلدون
٦٣ العروبة أولاً لساطع الحصري .
٦٤ تاريخ العرب قبل الاسلام لجواد علي .
٦٥ مجمع الأمثال للميداني .
٦٦ الأغاني لأبي علي القالي .

٦٧ النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي محمصاني .
٦٨ الفكر السامي للحجوي .
٦٩ تذكرة الحفاظ للذهبي .
٧٠ مقالات الاسلاميين للبغدادي .
٧١ الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد أبو زهرة .
٧٢ المذاهب الاسلامية للاستاذ محمد ابو زهرة .
٧٣ النظم الإسلامية للدكتور صبحى الصالح .
٧٤ تلخيص الشافعي للطوسي
٧٥ نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر .
٧٦ المحلي لابن حزم الظاهري .
٧٧ مفتاح السعادة لطاش كبرى زاده .
٧٨ مجلة الاحكام العدلية .
٧٩ الفهرست لابن النديم .
٨٠ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لمصطفى بن عبدالله كاتب شلبي (حاج خليفة)
٨١ وفيات الاعيان لابن خلكان .
٨٢ احياء علوم الدين للغزالي .
٨٣ الأوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني .
٨٤ أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء .
٨٥ الازهر في ألف عام للخفاجي .
٨٦ المبادىء العامة للفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسيني .
٨٧ الشيعة بين الاشاعرة والماتريدية « » » »
٨٨ المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي .
٨٩ أصول الفقه للاستاذ محمد أبو زهرة .
٩٠ الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي .
٩١ الفقه المقارن للأحوال الشخصية للاستاذ بدران أبو العينين بدران .

٩٢ الطبقات الكبرى لابن سعد .
٩٣ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي .
٩٤ الإحكام لابن حزم الظاهري .
٩٥ المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيره .
٩٦ شرح الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم .
٩٧ السياسة الشرعية للدكتور عبد الرحمن تاج .
٩٨ رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين .
٩٩ تعليل الأحكام للأستاذ محمد مصطفى شلبي .
١٠٠ المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .
١٠١ أصول القانون للاستاذ عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت .
١٠٢ بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي أبو طالب .
١٠٣ الفروق للقرافي .
١٠٤ نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري .
١٠٥ النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي .
١٠٦ أحكام المعاملات للاستاذ علي الخفيف .
١٠٧ بحث الشروط الشائعة في المعاملات للاستاذ زكي الدين شعبان .
١٠٨ المبسوط للسرخسي .
١٠٩ كشف الاسرار للبزدوي .
١١٠ التلويح شرح التوضيح لسعد الدين التفتازاني .
١١١ الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاستاذ عمر عبدالله .
١١٢ مصادر الحقوق العينية الأصلية (محاضرات) للدكتور حسن كيرة .
١١٣ مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس .
١١٤ شرح القانون المدني للدكتور محمد كامل مرسي (العقود المسماة) .
١١٥ النظرية العامة للالتزامات الدكتور عبد المنعم البدراوي .

الفهرس التفصيلي للكتاب

فهرس

الموضوع	صفحة
الفصل الأول : الدور الفقهي الأول ، عصر النبوة	٣٦

الفصل الثاني

الموضوع	صحيفة
الشيعة	٦٨
الشيعة الإمامية ، والزيدية	٦٩
أسباب الاختلاف في الفروع الفقهية	٧٠
ا – تفرق الصحابة في الأمصار	٧٠
ب – تطرف بعض خلفاء الدولة عن سنة السلف الصالح	٧١
حـ – شيوع رواية الحديث	٧٢
ء – وضع الحديث	٧٤
هـ – ظهور مدرستي الحديث والرأي	٧٥
مدرسة الحديث	٧٦
السر في وقوف هذه المدرسة عند النصوص ، وخصائصها	٧٧
مدرسة الرأي	٧٨
السبب في شيوع الرأي في العراق	٧٩
خصائص مدرسة الرأي	٧٩
صورة من خلاف المدرستين	٨٠

الفصل الثالث

دور النضج الفقهي وظهور المذاهب	٨١
الخصائص الذي تميز بها هذا الدور	٨١
١ – قيام الدولة العباسية	٨٢
٢ – حرية الاجتهاد	٨٣
٣ – اتساع الدولة وكثرة الوقائع	٨٣
٤ – نمو الحركة العلمية	٨٤
٥ – تدوين السنة والفقه وأصول الفقه	٨٥
مميزات هذا العصر التشريعية	٨٨

الموضوع | صفحة

الفصل الرابع

الموضوع | صفحة

الفصل الخامس

الباب الثاني

أهم المذاهب الفقهية

الفصل الأول : المذاهب السنية

الموضوع	صفحة

٢ - المذهب المالكي

٣ - المذهب الشافعي

٤ - المذهب الحنبلي

صفحة	الموضوع

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الباب الثالث

الفصل الثاني : السنة النبوية

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الباب الرابع

طبيعة الفقه الاسلامي

الموضوع | صفحة

الفصل الثاني

الفصل الثالث

الموضوع | صفحة

الفصل الخامس
علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

القسم الثاني
نظرية الملكيـــة والعقود

البـــاب الاول
المال والحقوق والمنافع

الفصل الثاني : الحقوق

الموضوع	صفحة

الفصل الثالث : المنافع

الباب الثاني
نظرية الملكية

الفصل الأول : أنواع الملك

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الباب الثالث

نظرية العقد

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الفصل الثاني : محل العقد

الموضوع	صفحة

الفصل الثالث – العاقدان

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الفصل الخامس : عيوب العقد

الموضوع	صفحة

الفصل السادس : الخيارات

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

خاتمة في بعض القواعد الفقهية



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com